



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**LUÍS FELIPE SANTOS ARRAIS DE LAVÔR**

**HERMENÊUTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PANDEMIA DA  
COVID-19: Riscos e Alternativas**

**BRASÍLIA  
2020**

**LUÍS FELIPE SANTOS ARRAIS DE LAVÔR**

**HERMENÊUTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PANDEMIA DA  
COVID-19: Riscos e Alternativas**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília  
(UniCEUB).

Orientador: Professor Doutor José Levi Mello  
do Amaral Júnior

**BRASÍLIA  
2020**

**LUÍS FELIPE SANTOS ARRAIS DE LAVÔR**

**HERMENÊUTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PANDEMIA DA  
COVID-19: Riscos e alternativas**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília  
(UniCEUB).

Orientador: Professor Doutor José Levi Mello  
do Amaral Júnior

**BRASÍLIA, \_\_\_\_\_ DE 2020**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

Às mais de 1 milhão de vítimas da tragédia ocasionada pelo Sars-CoV-2. Que eu possa, na paráfrase de Manoel de Barros, usar as palavras para compor meu silêncio.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e à minha avó, pelo apoio incondicional em todos os momentos.

Ao meu caro orientador, o Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, exímio jurista que tive a honra e a alegria de conhecer na graduação, pela extraordinária disposição, dedicação e paciência com que me guiou ao longo desta etapa final. Seu apoio e seus sempre valiosos ensinamentos foram de extrema importância para a conclusão deste trabalho. Por tudo isso, sou muito grato e honrado.

Ao Professor e amigo Paulo César Vilella Souto Lopes Rodrigues, mestre de todas as matérias, erudito impar e pessoa que, ainda no início da minha graduação, marcou meu interesse pelo Direito de forma definitiva. Agradeço pelas inúmeras lições de direito e de vida, por toda a generosidade que sempre teve com minhas aspirações acadêmicas e, sobretudo, por me fazer ver o Direito como algo único e fascinante.

Ao Professor Luís Roberto Barroso e a Ciro Grynberg, que durante 2018, oportunizaram-me conhecer como funciona, por dentro, o Supremo Tribunal Federal. O incrível aprendizado que pude extrair naquele período sobre como são pensadas e feitas as decisões da mais alta corte do país certamente iluminaram as minhas ideias para a elaboração deste trabalho.

Ao Professor Paul MacMahon, que tive a satisfação de conhecer na London School of Economics, pelos valiosos ensinamentos sobre argumentação jurídica e pelos estímulos a pensar o Direito de forma crítica e articulada.

Aos amigos de graduação, pelo convívio e pelas experiências compartilhadas.

A todos aqueles que contribuíram para a minha trajetória acadêmica e profissional até o momento, nominalmente citados ou não, meu muito obrigado.

“O verdadeiro antídoto contra uma epidemia não é a segregação, e sim a cooperação. [...] Neste momento de crise, a batalha crucial está sendo travada dentro da própria humanidade. Se a epidemia criar mais desunião e desconfiança entre os seres humanos, o vírus terá obtido sua maior vitória. Quando os humanos brigam, os vírus se duplicam. Em troca, se a epidemia produzir uma maior cooperação mundial, essa será uma vitória não só contra o coronavírus, mas contra todos os futuros agentes patogênicos.” – Yuval Noah Harari. *In The Battle Against Coronavirus, Humanity Lacks Leadership.*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os riscos que as crises oferecem ao Estado Democrático de Direito e como o Supremo Tribunal Federal decidiu em matéria de direitos fundamentais durante a pandemia da COVID-19. A ideia é verificar se houve abertura na hermenêutica constitucional a partir de fatores externos, não necessariamente jurídicos, e saber quais foram as técnicas de decisão judicial em casos envolvendo tais situações. O trabalho propõe também identificar o impacto desse tipo de decisão em um Estado Democrático de Direito no qual a segurança jurídica é um valor fundamental, bem como os riscos institucionais que esse tipo de decisão oferece à harmonia institucional, e procura pensar alternativas constitucionais para casos que envolvam tais complexidades. Para tanto, inicialmente identifica-se na doutrina, na lei e no texto constitucional os mecanismos já pensados para lidar com as crises. Depois, o estudo analisa casos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal envolvendo direitos fundamentais na pandemia da COVID-19, a fim de verificar como foi e está sendo feita, na prática brasileira, a abertura hermenêutica nesses casos. Por fim, munido do embasamento teórico e das análises dos julgados, o trabalho identifica, em aspectos objetivos, a ocorrência de uma abertura hermenêutica pelo Supremo Tribunal Federal no período da pandemia, e a considera adequada. Ao final, apresenta alternativas para que essas aberturas em momentos de excepcionalidade não se deslegitemem, não se afastem do núcleo duro da Constituição, preservem o Estado de Direito, a coesão jurisprudencial e, sobretudo, os direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** COVID-19. Hermenêutica Constitucional. Direitos Fundamentais. Crises. Supremo Tribunal Federal.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO - Associação Brasileira de Saúde Coletiva

ACO – Ação Cível Originária

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia-Geral da União

AP – Ação Penal

APIB – Articulação dos Povos Indígenas do Brasil

CF – Constituição Federal

CNDH – Conselho Nacional dos Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DSEI – Distrito Sanitário Especial Indígena

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

GSI – Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República

HC – *Habeas Corpus*

MP – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

PGR – Procuradoria-Geral da República

RE – Recurso Extraordinário

SESAI – Secretaria Especial de Saúde Indígena



STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>1 MECANISMOS CONSTITUCIONAIS PARA A SOLUÇÃO DE CRISES</b>	<b>14</b>
1.1 A Constituições e as crises – Das crises monetárias ao COVID-19	14
1.2 Mecanismos positivos	21
1.3 Mecanismos hermenêuticos	26
<b>2 ADPF 709 E A SEPARAÇÃO DE PODERES – INTERVENÇÃO DIRETA DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	<b>34</b>
2.1 Panorama geral	34
2.2 A decisão colegiada quanto ao mérito: Direito humano fundamental e a maior necessidade efetividade da tutela jurisdicional	38
2.3 O “diálogo Institucional” – Uma nova forma de decidir?	43
<b>3 ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 – A MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020 E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E PRIVACIDADE</b>	<b>47</b>
3.1. Panorama Geral	47
3.2 Considerações quanto à decisão colegiada: a predominância das circunstâncias fáticas na <i>ratio decidendi</i> .	49
3.3 O reconhecimento de novos direitos fundamentais	52
<b>4 UMA NOVA HERMENÊUTICA PREPRADA PARA SITUAÇÕES DE INSTABILIDADE – QUAL É O LIMITE DA INTREPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?</b>	<b>56</b>
4.1. Houve abertura?	56
4.2. A atuação da jurisdição constitucional na efetiva tutela dos direitos fundamentais em circunstâncias de crise.	61
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>74</b>

## INTRODUÇÃO

“Na Rua do Ouvidor armavam-se barricadas, cobria-se o pavimento de rolhas para impedir as cargas de cavalaria. As forças eram recebidas a bala e respondiam. [...] Todos se misturavam, afrontavam as balas, unidos pela mesma irritação e pelo mesmo ódio a polícia, onde uns viam o seu inimigo natural e outros o Estado, que não dava a felicidade, a riqueza e a abundância. [...]

Numa esquina, numa travessa, forma-se um grupo, seis, dez, vinte pessoas diferentes, de profissão, inteligência, e moralidade. Começa-se a discutir, ataca-se o Governo; passa o bonde e alguém lembra: vamos queimá-lo. Os outros não refletem, nada objetam e correm a incendiar o bonde.

O apagamento momentâneo da honestidade e a revolta contra pessoas inacessíveis levam os melhores a esses atentados brutais contra a propriedade particular e pública. Concorre também muito a nossa perversidade natural, o nosso desejo de destruir, que, adormecido no fundo de nós mesmos, surge nesses momentos, quando a lei foi esquecida e a opinião não nos vigia.”<sup>1</sup>

É nesses dizeres líricos que Lima Barreto descreve uma das primeiras grandes instabilidades da República, a Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro em 1904 e metaforizada no romance *Recordações do Escrivão Isaías Caminha* como uma revolta contra o uso obrigatório de sapatos.<sup>2</sup> O cenário de grave instabilidade social em razão de uma imposição sanitária do Estado culminou na decretação de rigoroso estado de sítio que durou mais de três meses, com perseguições, mortes e supressões de direitos fundamentais também relatadas no romance e nos diários pessoais do autor.

Por mais atual que seja Lima Barreto, nem a futurologia mais apurada constataria que mais de 100 anos após esses episódios, as crises se tornariam ininterruptas, e hoje estaríamos vivendo uma instabilidade social de maiores proporções também ocasionada por uma doença, hoje pandêmica, aliada a políticas sanitárias por vezes pouco refletidas. Hoje, o país conta com

---

<sup>1</sup> BARRETO, Lima. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. São Paulo: Ática, 1995, p. 102-103.

<sup>2</sup> Essa interpretação está presente em múltiplas análises literárias, dentre as quais, a de GRUNER, Clóvis. *De uma revolta a outra: memória, história e ressentimento em Lima Barreto*. Uberlândia: ArtCultura,, 2006. p. 85-95 Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/artcultura/article/download/1430/21250/>. Acesso em 21.10.2020.

instituições que têm como missão evitar cenários como o descrito pelo autor. O desenho constitucional das instituições democráticas da Nova República estabelece a difícil tarefa do controle de crises não mais por meio das supressões injustificadas de direitos fundamentais, mas por meio da preservação das regras do jogo democrático e da tutela vigilante dos direitos fundamentais e da paz social, impedindo assim que se estabeleça um cenário de esquecimento da lei, assim como o narrado na obra.

O discurso é mais fácil que a prática. Fato é que as crises sempre se apresentam em diferentes facetas e nuances, situações na mais das vezes não previstas (e nem mesmo imagináveis) pelo constituinte originário em suas louváveis intenções quando do desenho institucional da República de 1988. Assim, surgem como naturais as tensões entre os poderes para impor suas visões de alternativas para a crise, e tendo em vista o fato de que a história do Brasil pós-1988 demonstra que o Supremo Tribunal Federal sempre é chamado para dar a palavra final<sup>3</sup>, mister entender como, na prática, a Suprema Corte brasileira, nos seus pouco mais de três décadas de Constituição Cidadã, lida com as crises, e notadamente como ela exerce a jurisdição constitucional nos momentos de emergência e grave instabilidade para os quais o constituinte originário não previu uma saída pré-pronta.

O presente trabalho se insere no cenário específico da crise da COVID-19. O primeiro capítulo, no entanto, aborda a problemática das crises de forma ampla. O objetivo inicial é demonstrar os riscos que as crises costumam oferecer aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, posto que as medidas ágeis de contenção da crise que tais momentos exigem, não raro, tendem à incorrer em maiores incursões contra os direitos fundamentais, e nisso, têm também o potencial de gerar eventuais desarmonias entre os poderes que as editam e aqueles que as controlam. Em um segundo momento, evidencia-se que essa sempre foi uma preocupação do legislador, muito embora os mecanismos positivos criados até o momento não deem conta de responder adequadamente à complexidade dos problemas que a crise do Coronavírus trazem à baila, e assim, o capítulo primeiro também aborda quais são as principais linhas de hermenêutica constitucional e quais são os mecanismos que podem conferir maior

---

<sup>3</sup> Embora tal ideia seja amplamente difundida, v. a brilhante tese de Conrado Hubner Mendes, na qual o autor desenvolve uma nova perspectiva alternativa à tradicional ideia de “palavra final” da jurisdição constitucional pelas Cortes em uma democracia, e sustenta que “a interação deliberativa entre os poderes tem maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo prazo.” MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese (Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. P. 219. 2008.

flexibilidade à interpretação dos textos normativos para a adequada solução dos problemas da crise.

Uma vez posto esse pano de fundo de riscos e mecanismos com os quais se pode lidar com as crises, o objetivo é analisar como Suprema Corte brasileira efetivamente decidiu no período da crise da COVID-19 e se houve, em alguma medida, algum grau de abertura interpretativa ou alguma nova maneira de se decidir em razão das circunstâncias. Os casos selecionados para a análise atenderam aos seguintes critérios: i) Casos cuja matéria estivesse diretamente relacionada à pandemia da COVID-19; ii) Casos com aparente choque entre direitos fundamentais e contraposição de duas pretensões legítimas; e iii) Casos que tenham suscitado ou tivessem potencial de ter suscitado algum tipo de conflito institucional. As análises foram realizadas a partir dos votos proferidos em sessão pelos Ministros, das decisões cautelares publicadas e, no caso da ADPF 709, do acórdão já publicado no diário oficial. Dado o fato de os casos analisados serem bastante recentes, o acórdão das demais ações ainda não havia sido publicado até a conclusão do presente trabalho.

Muito embora essa análise tenha se dado com foco em dois casos específicos, ADPF 709 e julgamento conjunto das ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, as menções a outros julgados da crise nos quais se tenha observado essas mesmas características serão feitas ao longo do trabalho, ainda que em menor profundidade, sempre com o objetivo de entender como a Corte decidiu em tais circunstâncias.

O capítulo segundo, portanto, versa sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709. No caso, a Suprema Corte enfrentou a omissão perpetuada pelo Poder Executivo no não atendimento às necessidades básicas de proteção aos povos indígenas contra os riscos imunológicos oferecidos pelo vírus da COVID-19. A necessidade de tomada decisão rápida, vez que o caso envolvia vidas, bem como a reiterada violação ao princípio da vedação à proteção insuficiente fez com que a Corte adotasse peculiaridades no julgado, que serão abordadas pormenorizadamente. A análise foi feita nas seguintes etapas: (i) Apresentação geral do caso, dos direitos fundamentais envolvidos e das pretensões postas; (ii) Análise crítica da decisão colegiada quanto ao mérito da questão, verificando-se que a decisão da Corte conferiu maior concretude aos direitos humanos fundamentais e; (iii) Análise crítica quanto a forma de decidir, na qual se observou ter a Corte adotado forma criativa de decidir, não apresentando

solução ou plano pré-pronto ao Governo, mas determinando a confecção de política pública que seguisse moldes pormenorizadamente estabelecidos pelo STF.

Ainda na linha de análises, o terceiro capítulo aborda outro caso emblemático da crise, que sintetiza todos os problemas apontados no problema de pesquisa: o julgamento conjunto das ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, situação na qual o Supremo teve que decidir sobre a constitucionalidade da Medida Provisória 954/2020, ato normativo que exigia das empresas de telefonia dados relativos aos nomes, endereços e telefones de todos os usuários para os quais prestassem serviços. A metodologia de análise desse caso adota uma apresentação geral do caso e das pretensões postas, seguida de uma análise da decisão colegiada, abordando como e em quais aspectos o Supremo Tribunal Federal adotou razões predominantemente circunstanciais na maneira de decidir, bem como seguiu em uma mutação constitucional para conferir novo sentido e alcance à tradicional leitura do direito à privacidade.

Por fim, o quarto e último capítulo sintetiza os métodos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal durante o período da pandemia para decidir em casos envolvendo os direitos fundamentais, e aborda de que maneira a abertura hermenêutica se deu, apontando, objetivamente, onde tal abertura se verificou nos julgados analisados. Também são apresentados argumentos que evidenciam a legitimidade de tais aberturas excepcionais em momentos de crise, uma vez que os problemas em tais circunstâncias são igualmente excepcionais, de modo a demandar uma abertura na interpretação da Constituição a fim de se proteger, com concretude, os direitos fundamentais.

Embora tais aberturas sejam necessárias, não se desconhece o risco que julgamentos excepcionais podem oferecer ao sistema jurídico e logicamente ao Estado Democrático de Direito, e justamente por isso, o capítulo segue, então, com algumas propostas para que tal abertura possa ser feita da melhor maneira possível, notadamente de modo a preservar a legitimidade das decisões judiciais e a organicidade do sistema normativo constitucional brasileiro, que tem como elemento fundamental a imprescindibilidade de jurisprudência coesa.

## **1 MECANISMOS CONSTITUCIONAIS PARA A SOLUÇÃO DE CRISES**

A história, já dissera, Nassim Taleb, não caminha em progressão incremental, mas move-se por pulos, de ruptura em ruptura, com algumas turbulências ao longo do caminho.<sup>4</sup> Evidentemente, o constituinte e os formuladores de políticas públicas não são alheios a essa circunstância e, dentro da margem do previsível, pensaram em mecanismos para lidar com essas turbulências. Ocorre que, como produto da experiência humana, as normas são elaboradas a partir do conhecimento e de experiências sociais pretéritas, e justamente por isso, tem-se uma situação na qual é possível que os meios já criados não deem conta dos problemas futuros e suas complexidades, de modo que é necessário não apenas ter conhecimento acerca dos mecanismos já construídos, mas também pensar em meios alternativos para lidar com tais problemas, uma vez que, como se demonstrará, tais circunstâncias oferecem um risco concreto para o Estado Democrático de Direito.

### **1.1 A Constituição e as crises – Das crises monetárias ao COVID-19**

A República Federativa do Brasil de 1988 teve sua curta história até o momento atual marcada por ininterruptas turbulências. Pouco tempo após o deslumbramento que foi a Constituinte, momentos de crise severa e grave instabilidade se mostraram menos imprevisíveis do que pareciam ser, e tornaram inarredável a conclusão de que o sistema deve contar com as crises como um fato da vida, a ser previsto pelo sistema normativo e pelos aplicadores do direito.

Em breves linhas gerais, a Carta foi promulgada em meio a uma severa crise monetária marcada por hiperinflação e sucessivos planos econômicos malsucedidos que culminaram, ainda nos primeiros anos após a Constituinte em medidas que foram desde intervenção severa nos direitos fundamentais, com o confisco de poupanças, até a intervenção explícita em outros poderes da República, com a MP 173/1990, que proibia a concessão de liminares contra as MPs do Plano Collor<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Tradução livre de TALEB. Nassim Nicholas. The Black Swan: the impact of the highly improbable. New York: Random House Inc. 2007. p.11-12.

<sup>5</sup> Sobre o Plano Collor 1, Miriam Leitão descreve a dramática fotografia da época: “Os brasileiros entraram nas mais estranhas situações criadas pela arbitrariedade do plano. Quando perguntados, escavam a memória atrás das lembranças das confusões que viveram. O Banco Central também jamais se esquecerá daqueles loucos dias. O

Essa vertiginosa crise monetária, que marcou o primeiro ano de vigência da Constituição e teve seu ápice em 1990, com o Plano Collor, só veio a se encerrar em 1993, com o advento do Plano Real. Ocorre que o país não sofria apenas com a crise monetária: Paralelamente, o primeiro presidente eleito pelo voto direto na Nova República sofre processo de impeachment, por envolvimento em graves escândalos de corrupção.

Pouco mais de dez anos depois, quando o Brasil começava a apresentar sinais vitais de progresso social e econômico, o país volta a vivenciar novo escândalo de corrupção que acarreta em nova crise institucional. Dessa vez, denúncias de compra de votos no Parlamento ameaçam a estabilidade do governo, no que viria a ser conhecido como o Mensalão.

Não muito tempo depois, a Polícia Federal deflagra o que viria a ser a maior operação policial da história do país: a Operação Lava Jato. Sobre ela, Barroso<sup>6</sup> observa que se descobriu um pacto oligárquico que uniu grande número de empresários, políticos e burocratas no saque ao país, descoberta essa que culminou na prisão de diversas figuras da classe política e empresarial, inclusive de ex-Presidentes da República.

Cerca de um ano após o início dessas investigações, uma crise fiscal assola todos os âmbitos da federação, especialmente os estados, causando graves mazelas e colocando o federalismo no centro da crise. Durante a recessão, o país tem novamente uma presidente eleita pelo voto submetida a um impeachment, num processo cercado de controvérsias. Nesse cenário de constantes decepções com a classe política e com seus feitos, as ideias de conservadorismo e do chamado antissistema avançam, e numa eleição marcada por extremos, o país elege um presidente com propostas diametralmente opostas às do governo anterior. Decorridos cerca de dois anos dessa eleição, surge a pandemia da COVID-19, a maior do século. A doença fez com que os governos em todos os âmbitos da federação adotassem medidas de isolamento e distanciamento social como nunca antes experimentadas.

---

mercado financeiro travou. As pessoas corriam aos bancos atrás de informações que os bancários não sabiam dar. Os caixas não sabiam quanto dinheiro estava disponível em cada conta, mas havia um grau de desconhecimento ainda mais perigoso: os bancos não entendiam suas próprias contas, o sistema financeiro estava solto no ar.” LEITÃO, Miriam. *Saga Brasileira: A longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record. 2019. p.133  
<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.



E o que todas as crises têm em comum? Qual a importância de se entender as crises e, mais importante, qual o risco institucional que elas oferecem? Por que é importante tratar de um direito constitucional e especialmente de uma hermenêutica constitucional preparada para ambientes de crise?

Nas democracias liberais, as crises têm em comum o fato de trazerem consigo uma necessidade-dever do poder público de reestabelecer a ordem e a paz social. Assim, diante de uma crise, o poder público tende a tomar, como reação natural, medidas que exigem rapidez, eficiência e, na maior parte das vezes, publicização, justamente para reestabelecer a ordem e garantir a volta do sentimento de tranquilidade e confiança dos cidadãos para com o Estado, naquilo que Ackerman diz ser uma função reasscuratória (*reassurance function*)<sup>7</sup> do Estado Democrático. Ou seja, a circunstância excepcional instiga o poder público a tomar medidas de resposta que terão caráter igualmente excepcional.

Esse fenômeno da necessidade da tomada de medidas rápidas é particularmente perigoso e acentuado nos países da América Latina e no Brasil, onde há a conhecida figura do hiperpresidencialismo<sup>8</sup>, com a atribuição constitucional de uma enorme margem de poderes na figura do Presidente da República. É que essa maior atribuição de poderes e maior centralidade também atrai consigo maior atribuição do custo político dos acontecimentos, bons ou ruins, na figura do Presidente da República, o que acentua a ânsia pela tomada de decisões bem vistas, e prejudica, em alguma medida, a análise cautelosa da constitucionalidade das políticas públicas adotadas nesses momentos emergenciais.

Esse claro entendimento da crise e seus efeitos é importante para compreender o problema que essas turbulências trazem consigo: Um perigo real e concreto aos direitos fundamentais, à harmonia institucional e, consequência desses dois, à própria democracia. O risco aos direitos fundamentais se dá na medida em que políticas públicas elaboradas de forma açodada pelo poder público, não raro, incorrem em violações aos direitos fundamentais sob a vaga justificativa da circunstância excepcional. Já o risco à harmonia institucional, que já é ínsito dos sistemas democráticos que preveem controle de constitucionalidade por Cortes

---

<sup>7</sup> ACKERMAN, Bruce, The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Vol. 113. P. 1029-1091, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4900&context=ylj>. Acesso em 29.09.2020.

<sup>8</sup> GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Nova Iorque: Oxford, 2013, p. 150-151.

Constitucionais, acentua-se sobejamente em momentos de crise, onde há um potencial aumento da atuação das Supremas Cortes na função de legislador negativo, tornando o trabalho de tomada de decisão rápida e eficaz dos demais poderes uma trajetória dificultosa, permeada de eventuais revezes. Não se defende, neste trabalho, a ideia de que haja no Brasil atual um risco de comprometimento do espaço institucional de cada poder, mas sim que as crises representam, sempre, um risco de agravamento de uma desarmonia entre os poderes, que igualmente afronta o art. 2º da Constituição e invariavelmente é circunstância deletéria para o bem andar da democracia.

Dito isso, vê-se na atual crise da COVID-19 uma situação na qual o Brasil, bem como em virtualmente todos os países do mundo em maior ou menor grau, adotaram algumas medidas para a contenção da pandemia que envolvem potenciais violações a direitos fundamentais, e cabe agora às instituições, e especialmente ao Supremo Tribunal Federal, fazer um controle cauteloso e acertado da compatibilidade de tais medidas com a Constituição Federal.

Especialmente o Supremo Tribunal Federal porque em invariavelmente todas as turbulências citadas no breve histórico feito no início deste capítulo, a Corte foi provocada para desatar problemas centrais das crises. Na ordem em que foram expostas, e apenas em rol exemplificativo, as crises apontadas foram levadas à Corte nos seguintes julgados: ADI 534, ADPF 165, RE 626307 (Crises monetárias), MS 21.564, MS 21.623 e MS 21.689 (Impeachment de Fernando Collor), AP 470 (Mensalão), HC 152752, HC 165.036, entre milhares de outros (Lava Jato), ACO 3114, 3108, 2981, 3175 (Crises nos Estados), MS 34193, MS 34371 e MS 34441, MS 34418 (Impeachment de Dilma Rousseff) e ADI 6363, ADI 6387, ADI 6421, entre centenas de outras (COVID-19).

Isso demonstra que já há algum tempo, o Supremo Tribunal Federal adota uma postura de protagonismo na República. Como dito, em momentos de crise, as tomadas de decisão precisam de celeridade, assertividade técnica e sobretudo certeza no cumprimento da medida a ser aplicada, a fim de que se mantenha com eficiência a integridade dos direitos fundamentais e o regular funcionamento das instituições democráticas. Ao assim proceder quando provocado, o Supremo age no que José Celso de Mello Filho preceitua ser a missão institucional da Casa<sup>9</sup>,

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Missão*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfPlanejamentoEstrategico&pagina=missao>. Acesso em 29.09.2020.

qual seja, a de velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal e nulificar os excessos do Poder e os comportamentos desviantes de seus agentes e autoridades.

Para além da possibilidade de se obter uma resposta rápida e eficiente, como por meio de uma cautelar ou um provimento irrecorrível do colegiado, esse predileto pelo Supremo Tribunal Federal como desatador central de crises também pode se justificar por fatores outros. Oscar Vilhena Viera sustenta que é o próprio desenho constitucional, de excessiva constitucionalização de temas de concentração superlativa de competências no Supremo que traz uma situação em que se tem uma equação simples, na qual em sendo tudo matéria constitucional, “o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”<sup>10</sup>. Barroso, para além de outros fatores, aponta também para uma deliberada delegação à Corte da tomada de decisão em temas sensíveis e com forte custo político, que originariamente seriam de incumbência de outros poderes, a fim de evitar desgaste próprio.<sup>11</sup> Em análise bastante acurada sobre o Supremo Tribunal Federal e suas competências, José Levi Mello do Amaral Júnior aponta para as amplas competências do STF como uma das causas da enorme quantidade de matérias judicializadas no Tribunal, e aponta que a Corte vivenciou uma transição de um período de jurisprudência defensiva para um período em que “o problema maior não são as competências que a Corte tem, mas aquelas que a Corte chama para si, inclusive avançando nas esferas de competências de outros Poderes.”<sup>12</sup> O que define como “competências derivadas de nítido ativismo judicial”.<sup>13</sup>

Enfim, as causas são várias, e importante perceber o fenômeno de judicialização de crises, notadamente judicialização por meio da jurisdição constitucional, não é um fenômeno adstrito ao Brasil. Na crise da COVID-19, essa delegação de questões centrais às cortes constitucionais é fenômeno que se observa em diversas democracias. O lendário

---

<sup>10</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 25.09.2020.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. 7. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 385-387

<sup>12</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: Composição, organização e competências. *Revista Jurídica da Presidência Brasília* v. 21 n. 124 Jun./Set. 2019 p. 411-425

<sup>13</sup> *Ibidem*

*Bundesverfassungsgericht*, por exemplo, já proferiu, até o momento, dezenas de decisões relativas a aparente contraposição entre direitos fundamentais e medidas restritivas adotadas durante o período de pandemia. Em um desses casos<sup>14</sup>, a Corte apreciou a compatibilidade de leis locais impedindo protestos com o direito de reunião, previsto no artigo oitavo da Lei Fundamental daquela república. Em outro, a corte analisou a constitucionalidade do fechamento das mesquitas durante o Ramadã na Baixa Saxônia, também em virtude das medidas de isolamento, e o direito de liberdade religiosa.<sup>15</sup> Também nos Estados Unidos, as Cortes estão enfrentando problemas semelhantes, como saber se os templos religiosos devem ou não serem excepcionados das leis estaduais referentes ao isolamento social.<sup>16</sup>

Portanto, combinados o fenômeno contemporâneo da excessiva judicialização com a necessidade de se preservar os direitos fundamentais e a consciência de que as crises criam um momento de ensejo à violações dos direitos fundamentais por meio do poder público e, especialmente no caso brasileiro, o fato de que a história da Constituição de 1988 mostra que em virtualmente todas as crises o Supremo foi convocado para dar a palavra final, não se pode ignorar que entender como a Suprema Corte decide nesses momentos é matéria de mais alta relevância, vez que é na atividade da Suprema Corte que o texto constitucional terá sua transformação em normas concretas para o enfrentamento dos problemas da crise. É dizer, a criação do direito ocorrerá pelas decisões da Suprema Corte e, enfim, é da decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que a fonte normativa definitiva de grande parte dos problemas da crise da COVID-19 emanará. A Corte tem essa enorme responsabilidade de, em uma perspectiva realista, fazer valer a observação de Rui Barbosa, de ser a Casa que “tem o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 1ª Câmara do Primeiro Senado. BVerfGE, 1 BvR 828/20. Julgado em 15.04.2020. Disponível em [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415\\_1bvr082820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html). Acesso em 23.10.2020

<sup>15</sup> REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 2ª Câmara do Primeiro Senado. 1 BvQ 44/20. Julgado em 29.04.2020. Disponível em [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429\\_1bvq004420.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_1bvq004420.html). Acesso em 23.10.2020

<sup>16</sup> STATE OF NEW MEXICO. United States District Court of New Mexico. Legacy Church, Inc. v. Kunkel (2020). Disponível em <https://casetext.com/case/legacy-church-inc-v-kunkel>. Acesso em 21.10.2020.

<sup>17</sup> BARBOSA, Rui. 1914. Apud. MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, no plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do 28o aniversário de promulgação da Constituição da República de 1988*. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoCF88.pdf> (acesso em 01.09.2020)

Desde o início deste trabalho até o momento, a crise da COVID-19 já gerou múltiplas controvérsias que envolveram direitos fundamentais e poderes do Estado e que foram levadas diretamente às Cortes Constitucionais. Naturalmente, as Cortes das maiores democracias continuarão a ser provocadas para desatar os problemas da crise da COVID-19 em maior ou menor grau, quanto mais prolixa ou sintética for a constituição, e em maior ou menor frequência, quanto mais amplo for o rol de legitimados e maiores forem as violações perpetradas pelo legislador infraconstitucional.

Com isso, a Suprema Corte brasileira, assim como as demais do mundo, tem uma oportunidade de desenvolver suas técnicas de decisão e hermenêutica constitucional, aprimorando-se. As graves situações sobre as quais a Corte terá que decidir exigirão maior e mais sofisticado grau de fundamentação por parte dos aplicadores da Constituição, o que poderá implicar em uma nova maneira de se decidir. No momento em que este trabalho termina de ser escrito, a crise da COVID-19 ainda assola o mundo de maneira tão acentuada quanto assolava no início, mas até o presente momento, já foi possível perceber que a Corte optou com maior frequência por mecanismos notadamente mais criativos de hermenêutica e de atuação em defesa dos direitos fundamentais. Apesar de não haverem sinais claros de por quanto tempo a crise ainda se prolongará, certo é que dada a quantidade de casos de alta complexidade já apresentados à Corte nesse período, é possível inferir que até o final da pandemia se tenha um número considerável de casos nos quais a Corte optou com maior frequência por alternativas à regular análise de constitucionalidade de medidas, apresentando juízos de ponderação mais abertos aos fatos, reconhecimento de novos direitos em razão das circunstâncias ou, ainda, juízos de inconstitucionalidade superveniente em razão de circunstâncias<sup>18</sup>, o que implica em uma inconstitucionalidade com nuances e limitações temporais distintas da tradicional declaração de nulidade, evidentemente *ex tunc*, do dispositivo constitucional.

Em qualquer caso, antes de partir para uma análise de como a Corte efetivamente decide em tais circunstâncias, é preciso inicialmente entender quais mecanismos a Constituição, a lei e as tradicionais técnicas de hermenêutica constitucional dispõem para lidar com crises e com

---

<sup>18</sup> A inconstitucionalidade circunstancial é fenômeno que consiste no resultado provocado por uma situação excepcional sobre atos normativos novos que, em outras situações, poderiam ser constitucionais, fenômeno que também pode ocorrer com atos normativos pré-existentes que antes se revestiam de presunção de constitucionalidade. FREIRE, Alonso et al; *O Fenômeno da Inconstitucionalidade Circunstancial*, Jota.info, 2020, disponível em [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020#\\_ftn1](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020#_ftn1), acesso em 11.06.2020

casos nos quais excepcionalidades externas e circunstanciais tornam a tarefa de decidir uma atividade mais complexa. A partir disso, será possível observar se a Corte, em razão da pandemia da COVID-19 e de outras crises apresenta algum desvio dessas tradicionais técnicas.

## 1.2 Mecanismos positivos

Por mais imprevisíveis que sejam os fenômenos, a Constituição Federal e a legislação trataram de prever alguns mecanismos para lidar com as graves instabilidades e preservar o sistema constitucional e os direitos fundamentais. Assim, é importante distinguir que o controle de crises recebe dois tipos distintos de tratamento, que evidentemente se complementam, a saber: tratamento positivo – por meio de previsões normativas na Constituição ou na legislação infraconstitucional especificamente direcionadas a resolver e a mitigar os efeitos de uma crise – e tratamento hermenêutico, por meio de técnicas de interpretação constitucional e de decisão judicial adequadas para o controle das crises.

Começando pelos mecanismos positivos, há, na Constituição da República, uma organização de normas que configuram o que o Professor José Afonso da Silva denomina de sistema constitucional de crises. O mesmo Professor, ao citar Aricê Moacyr Amaral Santos, define esse sistema como o conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, tem por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o reestabelecimento da normalidade constitucional<sup>19</sup>.

No entanto, a doutrina atribui mais dois princípios ao sistema, de modo que a mais abrangente abordagem sobre o sistema dita quatro princípios básicos: temporariedade, a necessidade, excepcionalidade e obediência estrita à Constituição Federal.<sup>20</sup>

Conforme há de se demonstrar, esse sistema não prevê de forma expressa todos os mecanismos mais adequados para lidar com as excepcionalidades. Por maior que fosse o esforço do constituinte originário em prever as futuras crises, fato é que os problemas sempre se apresentam em circunstâncias e peculiaridades imprevistas, de modo que a perfeita moldura

---

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 760-762.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodvium, 2019.

do problema gerador da crise à hipótese normativa constitucional, ainda mais dado que tais hipóteses implicam em restrições temporárias de direitos, pode falhar e, portanto, tornar inadequada a aplicação das medidas. Desse modo, principalmente durante a crise da COVID-19, os diplomas mais notáveis para a contenção da crise têm sido, até o momento, de natureza infraconstitucional.

Embora tais mecanismos não sejam os mais próprios para lidar com a atual crise e, por isso mesmo, não seja caso aborda-los com profundidade neste trabalho, por necessidade de encadeamento de raciocínio, é importante saber que a Carta prevê expressamente três mecanismos para tais situações, a serem aplicados em distintas circunstâncias, quais sejam: Intervenção Federal, Estado de Defesa e Estado de Sítio.

A intervenção federal é caracterizada pela interferência na autonomia político administrativa dos entes federados em razão de circunstâncias específicas capazes de comprometer a ordem pública. Afasta-se, desde logo, a aplicabilidade dessa medida no caso da COVID-19, pelo fato de que a doença não é caracterizada pelo comprometimento da ordem pública nem por nenhuma das taxativas hipóteses autorizadoras do art. 34 da Constituição. Ademais, também não há aparente correlação entre a intervenção de um ente federativo em outro se a doença afeta todos os entes, isto é, não é um fenômeno geograficamente isolado a determinada área do país.

O Estado de Defesa é medida caracterizada por restrição de direitos com fundamento em calamidades de grande proporção na natureza. É consenso na doutrina que para a decretação do estado de defesa, as proporções da calamidade devem ser verdadeiramente amplas e severas, em termos quantitativos e qualitativos. Sobre esse aspecto, o magistério sempre preciso do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>21</sup> ensina que a medida é adotada em situações em que a ordem não possa ser reestabelecida pelo recurso aos meios coercitivos normais, com que conta, sempre, o Poder Público. De fato, seria possível aduzir que, no decorrer dos acontecimentos, a medida viesse a se amoldar no contexto da crise da COVID-19. No entanto, é a característica de restrição para determinada zona geográfica que faz essa medida também ser inadequada ao combate ao vírus.

---

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, p 59.

Por fim, o Estado de Sítio, a mais severa das medidas do sistema constitucional de crises, é medida aplicável para situações de grave comoção nacional e estabelece rol muito mais amplo de direitos fundamentais possíveis de receberem limitações temporárias. Rothenburg<sup>22</sup> afirma que não há diferença essencial entre os estados de defesa e de sítio que não a intensidade da crise e a amplitude de medidas a serem aplicadas. Disso, afirma o autor, diz-se que o estado de defesa seria um “estado de sítio mitigado”.

Por ser discricionária, a decretação de estado de sítio não é medida de aplicabilidade impossível no atual momento de pandemia, apesar de ser absolutamente inadequada. Com a constante escalada de tensões institucionais aliadas às graves e diárias comoções acerca da gravidade do Coronavírus, alguns juristas tornaram-se temerosos acerca de eventual decretação da medida, a ponto do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil emitir parecer sobre a inconstitucionalidade de eventual decretação, sob o argumento de que a medida configuraria recurso “flagrantemente inconstitucional e descabido”.<sup>23</sup>

Por fim, cabe destacar que todas as medidas previstas pela Constituição para lidar com crises são dotadas de notável vagueza nos conceitos. Determinar o que é “comoção grave de repercussão nacional” ou mesmo “calamidades de grandes proporções na natureza” é tarefa que exige alto dever de fundamentação do ato por parte de quem o decreta.

Em virtude da gravidade de todas essas medidas, bem como da característica de subsidiariedade de todas elas, que, repita-se, têm por princípio a excepcionalidade, é possível perceber que as válvulas de escape legislativas mais eficientes e flexíveis para a imensa maioria das situações de crise, e em especial a crise da COVID-19, não estão previstas expressamente na Constituição, mas sim em normas infraconstitucionais. Tem-se, como exemplo, a decretação do estado de emergência, para situações mais brandas, e a decretação do estado de calamidade pública, para situações mais gravosas.

---

<sup>22</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. CANOTILHO, J.J Gomes *et al*; *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1563- 1564.

<sup>23</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer PCO/OAB, de 20.03.2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/03/6a79790a-d1df-488c-b1c6-b223b92af438.pdf>, acesso em 29.09.2020.



A interpretação autêntica do que é uma calamidade pública é extraída do art. 2º, IV do Decreto 7257/2010<sup>24</sup>, que dispõe ser a calamidade pública “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido.”

A seu passo, o estado de emergência também recebe interpretação autêntica pela mesma legislação, bem como pela Portaria MJ n. 2/2020<sup>25</sup>, sendo assim definido: “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido.”

Com relação à pandemia da COVID-19, o primeiro diploma expedido pelo Poder Público Federal para o controle da crise foi a Portaria nº 188 de 03 de fevereiro de 2020 do Ministério da Saúde<sup>26</sup>, na qual se declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional. Pouco tempo depois, em 06 de fevereiro de 2020 foi editada a Lei nº 13.979/20, a qual estipulou medidas para enfrentamento da emergência de saúde, dentre elas as determinações de isolamento de pessoas doentes ou contaminadas e quarentena de pessoas com suspeita de contaminação<sup>27</sup>.

Nessa escalada normativa, o Estado de Calamidade foi decretado pela União por meio do Decreto Legislativo 06/2020<sup>28</sup>, posteriormente complementado pelo chamado orçamento de

---

<sup>24</sup> BRASIL. Decreto 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm). Acesso em: 29.09.2020

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 2, de 3 de janeiro de 2020. *Cria e institui o Grupo de Resposta a Desastres (GRD)*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2-de-3-de-janeiro-de-2020-236986947#:~:text=Cria%20e%20institui%20o%20Grupo,vista%20o%20dispositivo%20no%20art>. Acesso em 29.09.2020.

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188 de 03 de fevereiro de 2020 do Ministério da Saúde. *Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 30.09.2020

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. *Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em 30.09.2020

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto Legislativo 06/2020. *Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em 30.09.2020

guerra instituído com a Emenda Constitucional 106/2020<sup>29</sup>. O objetivo dessas normas foi instituir regime fiscal extraordinário em razão da crise que possibilitasse gastos e contratações excepcionais por parte da União a fim de conter a pandemia e fazer frente aos imprevisíveis gastos que certamente virão com o controle da crise e, se não regulamentados por emenda, violariam previsões constitucionais como a regra de ouro.

A medida foi necessária. É evidente que a Constituição, em seu núcleo de direitos fundamentais, estabelece vedação à proteção insuficiente<sup>30</sup>, proibição essa que se materializa no rol de direitos fundamentais positivos, ou seja, nos direitos sociais. A mesma missão é atribuída ao poder público quando se estabelece que o fim da ordem econômica brasileira é prover a todos uma existência digna (art. 170, caput), bem como dos objetivos fundamentais da República (art. 3º). É truísmo dizer que todos esses direitos têm custos, e não deve o Estado deixar de presta-los em razões de excepcionalidades, mas adaptar-se a nova realidade. Assim, justifica-se a Emenda Constitucional e o Decreto Legislativo com relativa facilidade.

Ainda assim, nota-se que foi medida sem precedentes históricos. A União nunca declarou estado de calamidade, tendo esse mecanismo previsão, ao menos a princípio, apenas para os estados e municípios. Sucede que, a partir de uma interpretação extensiva do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), foi possível extrair a possibilidade de decretação por parte da União para que se pudesse arcar com os custos não previstos.

Feito o panorama de leis sobre o controle de crises, especialmente sobre a crise da COVID-19, é preciso entender quais são as técnicas de hermenêutica constitucional para decisão em casos nos quais não há solução pré-pronta no Direito, e nos quais há a necessidade de se levarem em consideração fatores e excepcionalidades externas, numa análise que não se limite ao puramente jurídico.

---

<sup>29</sup> CONSTITUIÇÃO. Emenda Constitucional 106, de 7 de maio de 2020. *Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm). Acesso em 02.10.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed: São Paulo: Saraiva. 2014. p. 627

### 1.3 Mecanismos hermenêuticos

Em 2019, quando do julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>31</sup> que questionavam aspectos da Lei de Responsabilidade Fiscal e medidas excepcionais adotadas pelos estados em razão da já aludida crise fiscal, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal negaram a possibilidade da existência de uma jurisprudência de crise. Na ocasião, os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio ressaltaram que uma pretensa transitoriedade de teses da Corte em razão de crises seria impossível, vez que implicaria em mudança de entendimento da Corte que perduraria para períodos pós-crise, de modo a desorganizar o sistema e criar-se, na jurisprudência, uma Babel<sup>32</sup>.

Fato é que aberturas na interpretação constitucional são e sempre foram feitas com relativa frequência pelo Supremo Tribunal Federal, em maior ou menor grau. Isto não significa dizer que exista uma extrapolação ao sistema que deslegitime as decisões da Corte, vez que é o próprio sistema jurídico que confere margem de liberdade ao intérprete para que se possa dar a melhor resposta possível ao caso concreto<sup>33</sup>. Some-se isso ao fato de que a atual crise tem contornos muito mais graves que pouco se assemelham a uma crise meramente fiscal, assumindo características de verdadeira força maior, e é possível inferir que existe uma probabilidade consideravelmente alta de que o STF venha a adotar entendimentos excepcionais nesse período, notadamente com percepções de mundo mais abertas e flexíveis em virtude da calamidade.

Assim, para melhor entender a hermenêutica constitucional, cabe indagar: O que vem a ser considerado uma abertura hermenêutica? Quais são os mecanismos que possibilitam tal abertura? Quais são as principais correntes de hermenêutica constitucional e como, até o momento, tais aberturas se justificaram em cada uma delas? Para responder a tais questionamentos, é necessário entender as correntes filosóficas que permeiam a clássica e a nova interpretação constitucional.

---

<sup>31</sup> Quais sejam: ADI 2238, 2250, 2261, 2256, 2324, 2241 e 2365, Relator Ministro Alexandre de Moraes.

<sup>32</sup> FALCÃO, Márcio. *Ministros rejeitam 'jurisprudência da crise' sobre redução de salário e jornada*. Jota. Info. 2019. Disponível em [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/stf/do-supremo/ministros-rejeitam-jurisprudencia-da-crise-sobre-reducao-de-salario-e-jornada-26022019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/stf/do-supremo/ministros-rejeitam-jurisprudencia-da-crise-sobre-reducao-de-salario-e-jornada-26022019)

<sup>33</sup> Adequada, aqui, a observação de Hesse no sentido de que essa liberdade estará sempre vinculada à norma, pressuposto da legitimidade da decisão: “A interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só se completa com sua interpretação; mas, veja-se bem, só em tese possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma. HESSE; Konrad. *Série IDP- Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Antes de mais nada, cabe traçar uma distinção entre hermenêutica e interpretação constitucional. Para Carlos Maximiliano<sup>34</sup>, a hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Já interpretar, leciona, é “*determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”. Assim, conclui que a interpretação é a aplicação da hermenêutica. Esclarece-se, assim, que por mais que alguns autores frequentemente tratem os dois conceitos como sinônimos, o conceito de hermenêutica é notadamente mais abrangente, vez que trata da sistematização, organização abstrata de processos interpretativos, e interpretar é mais restritivo, opera com o concreto, lendo o sentido objetivo e determinado de um significante, utilizando técnicas específicas.

Feitas tais considerações, também é importante levar-se em conta ideia primordial em praticamente todas as linhas de hermenêutica constitucional: o chamado Constitucionalismo, ideia sobre a qual Barroso<sup>35</sup> afirma não estar relacionada necessariamente a uma Constituição escrita, formal, mas sim ao ideário de supremacia da lei e limitação do poder. Sobre esse aspecto, não há dúvida alguma de que o Brasil vive sob a ideia geral de constitucionalismo desde a Constituição de 1988, situação que garante à Carta status verdadeiramente elevado, superando a ideia de que a Constituição é documento sem grande relevância prática, ou, como dito por Lassalle<sup>36</sup>, uma mera folha de papel.

Em momentos de crise, a clara ideia de Constitucionalismo é indispensável, vez que as constituições democráticas são feitas tanto para os momentos de normalidade quanto para os de crise. É dizer, a excepcionalidade jamais deve justificar excessos, voluntarismos, mas ao contrário, maior dever de fundamentação se e quando as circunstâncias fáticas exigirem eventual flexibilização na hermenêutica. Nesses momentos, as normas constitucionais, lembra o Ministro Gilmar Mendes, “não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um

---

34 MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 21ª edição: Grupo GEN, 2017. p. 1.

35 BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2019, p. 32.

36 LASSALLE. Ferdinand. *Que é uma Constituição?*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil. 1933. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em 24.10.2020. Na obra, uma conferência, o autor define que a essência da Constituição são os “fatores reais de poder”, estabelecendo que “De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.”. Esse conceito ficou amplamente conhecido em inúmeras doutrinas como “conceito sociológico” de Constituição. A ideia se contrapõe a mais moderna noção de constituição, que confere ao texto constitucional força normativa, em tese, força essa independente de “fatores reais”.

caminho necessário e seguro para a solução da crise <sup>37</sup>. Não há dúvida de que a concepção atual de supremacia da Constituição e de supremacia da lei será colocada a prova nesse momento, vez que, se por um lado, há necessidade de uma constituição dúctil<sup>38</sup>, por outro, o direito não é instrumento que permite leituras desregradas por parte do interprete sob a justificativa da excepcionalidade, sob pena de esvaziamento do conteúdo normativo da Constituição e do próprio Estado de Direito.

Geralmente, as aberturas hermenêuticas podem se dar por diversas formas, seja por meio de formas de decidir ou, mais recorrente, por meio de juízos de razoabilidade e proporcionalidade mais abertos. Em se tratando de direitos fundamentais, a ponderação tem como etapa a apuração de pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa, bem como a intensidade com a qual esse grupo de elementos e normas deve prevalecer em detrimento dos demais. Esse processo é orientado pelo princípio instrumental da proporcionalidade. <sup>39</sup>

A operacionalização da proporcionalidade, ensina Alexy<sup>40</sup>, é feita em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De forma resumida, a primeira etapa consiste na aferição de aptidão mínima da medida estatal tomada com o fim constitucional pretendido, um cotejo entre meio e fim. A segunda, na análise de meios alternativos e menos gravosos para o atingimento da finalidade pretendida, com o objetivo de se evitarem os excessos. A terceira consiste em uma análise de custos e benefícios da medida restritiva a ser adotada.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. Conjur, 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-cri-se-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 29.09.2020.

<sup>38</sup> Termo cunhado por Gustavo Zagrebelsky para se referir a um direito adaptado à concordância prática e às harmonizações exigidas por sociedades plurais, que não predetermine de forma estanque a vida e os acontecimentos sociais. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 27 Set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>. Em feliz analogia, conclui o Professor que a resposta final do resultado da ponderação deve se assemelhar a um quadro bem pintado, em que “as diferentes cores possam ser percebidas, embora alguma(s) dela(s) venha(m) a se destacar sobre as demais.”.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 588-611.

<sup>41</sup> Para explicação bastante didática da operacionalização desses conteúdos do juízo de ponderação, v..BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4923/DF. Pleno. Relator Ministro Luiz Fux, 8 de novembro de 2017. p. 75-85. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4435185&ext=RTF>. Acesso em 21.10.2020.

O problema é que as crises, como se desenvolverá, trazem elementos que afetam sobremaneira os juízos de proporcionalidade. Mais especificamente, as três respostas a serem dadas na análise do seu conteúdo normativo da proporcionalidade serão totalmente diferentes em uma circunstância de crise e em uma circunstância de normalidade, de sorte que é necessário um grau excepcional esforço argumentativo para que essa abertura hermenêutica seja feita com legitimidade e para que o juízo de ponderação realizado pelo hermeneuta seja ao mesmo tempo amparado pelo direito e pela realidade.

Exposta a problemática na abertura hermenêutica, é cabível entender os dois grandes ideários hermenêuticos e filosóficos que permeiam a jurisdição constitucional. Do movimento jusfilosófico denominado neoconstitucionalismo deflui a dita nova hermenêutica constitucional, de caráter predominantemente substancialista. Sua aparente contraposição diametral é a clássica hermenêutica constitucional, com nuances predominantemente juspositivistas e caráter procedimentalista.

A primeira corrente definitivamente confere maior margem de liberdade ao intérprete para aberturas hermenêuticas. A corrente vale-se com maior frequência dos princípios constitucionais, da argumentação jurídica sobre os conceitos abertos que permeiam todo o texto constitucional, da indissociabilidade do direito e da moral e dos juízos de proporcionalidade e razoabilidade nas decisões judiciais. A corrente frequentemente não recorre diretamente à ideia do legislador, mas sustenta que é permitido ao julgador uma maior margem de liberdade interpretativa que leve em consideração a moral contemporânea à aplicação da norma. Luís Roberto Barroso, um expoente do neoconstitucionalismo brasileiro, afirma que no plano da interpretação e da jurisdição constitucional, “cabe ao interprete e ao Supremo Tribunal Federal, à medida que o texto da Constituição e a realidade social permitam, promover os avanços sociais que, por motivos diversos, ficaram represados no processo político majoritário.”<sup>42</sup> Em postura que vai totalmente de encontro com os ideais dos autores da clássica hermenêutica, Barroso conclui o raciocínio ao afirmar que, excepcionalmente, “a jurisdição constitucional deve desempenhar papel iluminista, ajudando a empurrar a história.”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva. 2019, p. 105-106

<sup>43</sup> Ibidem

Os principais autores dessa corrente, que recentemente ganhou muito espaço no Brasil, também entendem que uma leitura holística da Constituição confere maior protagonismo do judiciário na proteção dos direitos fundamentais, proteção essa que pode, não raro, ir contra as maiorias legislativas. A corrente sustenta uma ideia de necessário ativismo judicial<sup>44</sup>, ao aduzir que a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impõe limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, deve ceder espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais, legitimando-se, desse modo, amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, de modo a permitir uma fiscalização mais incisiva desses poderes por juízes não eleitos.<sup>45</sup>

E frise-se também que os neoconstitucionalistas divergem da clássica hermenêutica não apenas sobre a legitimidade e adequação do ativismo judicial, mas até mesmo sobre o próprio conceito de ativismo. Para os neoconstitucionalistas, “o ativismo é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>46</sup>, que confere “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”<sup>47</sup>. O conceito apresenta-se de forma diametralmente distinta em autores que adotam uma perspectiva mais clássica. Tome-se, exemplificativamente, o conceito de Georges Abboud:

“Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.”<sup>48</sup>

A adoção do método dos neoconstitucionalistas, por conferir maior liberdade e protagonismo ao judiciário e frequentemente recorrer a ideia de que o Direito não pode ficar preso a determinado momento histórico certamente confere maior praticidade ao Direito para

<sup>44</sup> E aqui talvez seja importante uma distinção entre neoconstitucionalismo e pós positivismo. O neoconstitucionalismo se distingue do pós positivismo especialmente pela crença em um benéfico protagonismo judicial. Hart, por exemplo, certamente se identifica com o pós-positivismo, mas não com o neoconstitucionalismo, vez que refuta a ideia de um “ativismo benéfico”. V. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>46</sup> BARROSO. Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Rio de Janeiro: (Syn) thesis. v. 5.n.1. 23-32. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 21.10.2020

<sup>47</sup> Ibidem

<sup>48</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020 p. 1371.

lidar com as crises. O recurso mais frequente aos juízos de proporcionalidade e razoabilidade nas razões de decidir a constitucionalidade de dispositivos legais tem uma grande valia em momentos de excepcionalidade, vez que tais métodos tendem a levar em maior consideração as circunstâncias fáticas, o caso a caso, e tendem a se afastar em maior medida da simples subsunção e das interpretações excessivamente filológicas, mais adequadas aos casos simples. No mais, a postura mais ativa da jurisdição constitucional também traz alguns benefícios na efetiva tutela dos direitos fundamentais em circunstâncias excepcionais, como se demonstrará mais adiante.

Evidentemente que a adoção dos mecanismos mais abertos dessa corrente jusfilosófica deve observar determinados freios e cautelas a fim de garantir a legitimidade das decisões. Tais cautelas serão pontuadas sempre que adotadas pela Corte quando do momento da análise dos julgados da crise, nos capítulos seguintes.

E por fim, os neoconstitucionalistas tem a notável característica de partirem sempre da ideia de forte constitucionalização do Direito, que permite a irradiação dos princípios constitucionais a outros âmbitos do Direito, inclusive com força superior à lei ordinária clara e de texto aparentemente inequívoco, ante a normatividade ou a força normativa dos princípios. Isso permite que se tome decisões absolutamente inaceitáveis do ponto de vista dos hermeneutas clássicos, vez que o juiz pode fazer a justiça do caso concreto aplicando regra de forma visivelmente contrária ao teor expresso da lei, desde que em sua fundamentação explique o princípio constitucional de hierarquia superior e força normativa apto a afastar a técnica da subsunção, a priori aplicável ao caso concreto.

Tal ideia não se verifica na clássica hermenêutica, ou, para o Professor Paulo Bonavides, na Velha Hermenêutica. Afirma o ilustre professor que a escola da clássica hermenêutica confere aos princípios caráter meramente programático, abraçando entendimento de carência de normatividade dos princípios a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.<sup>49</sup>

O contraponto dos hermeneutas clássicos está justamente em atribuir ênfase maior ao princípio majoritário. Com isso, a ideia é a de preservar, em maior medida, a vontade do legislador, a deferência aos atos do executivo, e não se concebe, em grau tão elevado, a

---

49 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 258-259.



prevalência dos princípios. Pelo ensinamento do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na Constituição de 1988, predominam as regras, e não os princípios, e que quando estes predominam, o aplicador do direito ignora regra expressa, expressão da vontade geral e, portanto, da democracia.<sup>50</sup>

A maior deferência aos atos dos poderes eleitos também é uma característica de notável da clássica hermenêutica e de contraste entre as duas correntes. Carlos Maximiliano, jurista expoente em obras de clássica interpretação constitucional, defende seja adotada uma total presunção da validade dos atos do legislativo e do executivo, de sorte que “se a incompetência, a falta de jurisdição, ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de qualquer dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público.”<sup>51</sup>. Muito embora a presunção de validade dos atos normativos seja assente na jurisprudência do Supremo<sup>52</sup> e um consenso entre os doutrinadores de ambas as linhas hermenêuticas, percebe-se que a deferência aos atos dos demais poderes é, como visto, fator claramente de menor preponderância na hermenêutica neoconstitucionalista quando comparada com a clássica hermenêutica constitucional.

Outra característica de contraponto que os hermeneutas clássicos apresentam é a ideia arraigada de que as inconstitucionalidades derivam de violação clara de norma posta, em um juízo dissociado das ideias de justiça e de valoração moral. Carlos Maximiliano afirma que as violações constitucionais devem ser claras, implícita ou explicitamente, e que “Não podem os Tribunais declarar inexistente um decreto, legislativo ou executivo, apenas por ser contrário aos princípios da justiça, às noções fundamentais do Direito”<sup>53</sup>. A ideia colide com o pensamento neoconstitucional, que não se dissocia desses princípios dessas noções, ao revés, prega que toda interpretação constitucional deve levar em conta os princípios morais, a decência política e a justiça.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 365-371.

<sup>51</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 22. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. P. 276

<sup>52</sup> ADI 1.155-3/DF, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 18/5/2001, dentre inúmeros outros.

<sup>53</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 22 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Pg.277

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1999. P. 1

No geral, os autores defensores da corrente clássica apresentam forte relutância ao modelo da nova hermenêutica, e defendem a ideia de que o novo protagonismo trazido pelos neoconstitucionalistas pode estimular, e frequentemente estimula, um comportamento voluntarioso por parte dos juízes em detrimento dos poderes eleitos. Carlos Horbach assevera, com a propriedade técnica que lhe é costumeira, que ao interpretarem, os neoconstitucionalistas separam “o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito.”<sup>55</sup> Desse modo, a liberdade interpretativa e o protagonismo judicial são frequentemente considerados como um juízo do bom senso em detrimento do juízo pela lei. Evidentemente, essa leitura confere ao julgador uma corrente hermenêutica mais estrita e consideravelmente menos flexível.

Feito esse breve arcabouço teórico-doutrinário, serão agora analisados alguns casos do Supremo Tribunal Federal simbólicos da crise da COVID-19. A ideia é tentar descobrir se há algum tipo de abertura hermenêutica no tratamento dos direitos fundamentais ou se o Supremo está adotando alguma forma de decidir diferente em razão da pandemia. A análise dos casos se dará em três etapas: (i) Panorama geral sobre o caso, abordando objetivamente quais são os direitos fundamentais em jogo e as pretensões objetivas de cada um dos interessados; (ii) Análise crítica das decisões monocráticas e colegiadas; (iii) Comparativamente, uma abordagem sobre como o julgado se distingue da jurisdição tradicional do Supremo Tribunal Federal em casos que versaram sobre o mesmo direito fundamental ou direitos correlacionados em circunstâncias de relativa normalidade.

Os critérios para as escolhas dos casos foram: (i) Casos cuja matéria esteja diretamente relacionada à pandemia da COVID-19; (ii) Casos com aparente choque entre direitos fundamentais e duas pretensões legítimas; e (iii) Casos que tenham suscitado ou tenham potencial de ter suscitado algum tipo de conflito institucional.

---

<sup>55</sup> Na obra, o Professor critica a dita nova hermenêutica constitucional, que considera ser apenas um argumento retórico para materializar a vontade daquele que julga, e faz um comparativo entre as técnicas de interpretação que norteiam a clássica hermenêutica constitucional e a nova hermenêutica para concluir que não há novidades que justifiquem a existência, do ponto de vista técnico, do neoconstitucionalismo. HORBACH, Carlos Bastide. A Nova Roupas do Direito Constitucional – Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*. vol. 859/2007. p. 81 – 91. Maio 2007.

## **2 ADPF 709 E A SEPARAÇÃO DE PODERES – INTERVENÇÃO DIRETA DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

Neste capítulo, será analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709, cujo objeto eram omissões do Governo Federal na adoção de medidas de contenção do avanço da Covid-19 nas comunidades indígenas. Como é intuitivo, o caso envolvia uma infinidade de complexidades e aspectos para os quais uma simples decisão substantiva não seria, nem de perto, adequada a resolução do problema. A solução encontrada pelo Supremo, como se demonstrará, foi uma maneira inovadora e criativa de interpretar e aplicar o direito.

### **2.1 Panorama geral**

Números de infecção e de letalidade pela COVID-19 assustadoramente maiores em comunidades indígenas<sup>56</sup>, ocasionados por uma política pública de negacionismo científico que deliberadamente negligência proteção aos povos indígenas. Risco de extermínio de etnias inteiras, perda cultural inestimável e, por que não, de genocídio consentido. É esse o cenário dantesco narrado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709, ajuizada em conjunto com partidos políticos.<sup>57</sup>

Em petição com riqueza de dados, a arguente aponta que as condutas e omissões por parte do Governo Federal ocasionam em violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), aos direitos à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º e 196), bem como ao direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (art. 231). No aspecto da limitação do atendimento por parte da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI, aponta violação ao princípio da igualdade (art. 5º, caput).

---

<sup>56</sup> Na inicial, a APIB afirma que os índices de mortalidade por Covid-19 entre os povos Indígenas seriam de 9,6% contra 5,6% da população brasileira em geral.

<sup>57</sup> Análise feita a partir dos votos proferidos em sessão e do acórdão publicado em 07/10/2020. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Pleno. Direitos Fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Liminar referendada em 05/08/2020.

Tais condutas são: omissão da União em impedir o ingresso de não índios nos territórios indígenas – facilitando o contágio em povos isolados; orientação da SESAI de limitar a sua atuação, como órgão responsável pela saúde indígena, apenas aos índios aldeados em terras indígenas homologadas e insuficiência de políticas públicas de órgãos indigenistas, como a SESAI e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, voltados a proteger os povos indígenas diante da pandemia da COVID-19, vez que o plano de contingência da SESAI para o enfrentamento do Coronavírus entre povos indígenas, além de ter sido formulado sem a participação dessas populações, é vago e sem medidas concretas. Ante essas omissões, a entidade pede a retirada dos invasores, a extensão do atendimento do SESAI para todos os indígenas e, por fim a Formulação e Monitoramento de Plano de Defesa dos Povos Indígenas diante da Pandemia, a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com participação dos povos indígenas, assessoramento técnico da Fiocruz e da Abrasco.

Em um inicial contraponto, a Advocacia Geral da União apontou, em prazo extraordinariamente exíguo, que o sistema de saúde está estruturado de modo a atender, de forma especializada, indígenas que estão em aldeias. Não se negaria, com isso, a condição de indígena dos não aldeados, nem se estaria aplicando critério ilegítimo ou arbitrário, mas tão somente se adotaria o princípio da especialização em uma política pública, de natureza particularizada, baseada nas condições geográficas de cada indígena. Alegou também a existência de lei que determina quais órgãos são responsáveis pelo planejamento, supervisão e monitoramento da política de enfrentamento à COVID-19, bem como a existência de políticas públicas especificamente direcionadas para a proteção da saúde indígena, como o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (Covid-19) em Povos Indígenas e o Plano de Contingência para Pessoas Vulneráveis, e que muitas dessas políticas públicas incluem até mesmo a suspensão do acesso a terras indígenas, bem como operações policiais de desintrusão.

Nisso, aduziu que a necessidade da autocontenção do judiciário não permitiria o deferimento das medidas pleiteadas pela APIB, em respeito ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF). Sobre esse aspecto, argumentou que o judiciário deve reconhecer e respeitar as escolhas técnico-políticas do chefe do Poder Executivo, e reconhecer também que “outros Poderes podem ter maior aptidão para decidir sobre determinados assuntos, especialmente em se tratando de elaboração e implementação de políticas públicas de saúde”. Por fim, aduziu que as medidas pleiteadas representavam dirigismo institucional indevido e

*periculum in mora* reverso na medida em que a adoção de medidas excessivamente interventivas como as pleiteadas pela APIB demandariam reformulação abrupta de políticas públicas em curso, colocando as que estavam em andamento em risco.

Distribuída a ADPF ao Ministro Luís Roberto Barroso, a decisão liminar proferida adotou a maior parte das medidas pleiteadas na inicial, determinando: Criação de barreiras sanitárias, criação da sala de situação, criação de um Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, com medidas específicas, extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas e aos não aldeados com barreiras de acesso ao SUS.

A liminar consignou, em síntese, que (i) Em se tratando de direitos humanos fundamentais, no caso, direito à vida, os princípios da prevenção e precaução na leitura da jurisprudência da Corte justificariam maior intervenção protetiva em detrimento de decisões nas quais a efetiva tutela de tais direitos seja incerta; (ii) O maior risco de contágio, as *guidelines* de organizações internacionais que determinam a adoção de barreiras sanitárias e a aparente inércia do poder executivo tornam necessária a imposição de que se discuta a formação de tais barreiras; (iii) A criação da sala de situação e a participação indígena na tomada de decisões são obrigações impostas por leis e tratados, sendo caso de simples inexecução da norma pelo Executivo; (iv) Sem enfrentar a arguida inadequação das medidas adotadas pelo Governo Federal, conclui que a necessidade de diálogo intercultural e institucional justifica a determinação, pelo judiciário, da criação de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros pelo Poder Executivo, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas, plano esse sujeito a posterior homologação pelo relator; (v) Referente à determinação de retirada dos invasores e do atendimento do SESAI por indígenas urbanos, a decisão entendeu haver *periculum in mora* reverso vez que a operação é complexa e deve ser planejada pelo Executivo e, quanto ao atendimento pela SESAI, determinou o atendimento aos indígenas aldeados em terras homologadas, não homologadas e também aos não aldeados sempre que verificada barreira de acesso ao SUS geral. Nesse aspecto, destacou o critério de autorreconhecimento da identidade indígena, totalmente desvinculado a homologação de terras.

A cautelar foi pautada para referendo em duas sessões, ouvindo-se inicialmente as sustentações das arguentes, dos *amici curiae* e, por fim, da União. As sustentações destacaram

os fatos e a importância histórica que o caso teria para os direitos humanos no Brasil: O cenário da pandemia entre os povos indígenas, apontaram as requerentes no dia do julgamento da cautelar, era de quase 700 mortos e mais de 22 mil infectados, lideranças mortas, valor humano e cultural sendo perdido em razão de inércia e, apontamento feito pelo Professor Daniel Sarmiento em sustentação oral, “postura racista do Governo Federal”. A surpresa, no entanto, veio da União: Não se pediu a suspensão da liminar. A tônica, quando do referendo da liminar, foi no sentido de que a União não seria o problema, mas sim uma parte importante da solução. Com essa premissa, a União apresentou, sem belicosidade, o primeiro plano que viria a ser apresentado pelo Relator, sustentou que os indígenas participavam das políticas públicas por meio dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas –DSEIS e que a SESAI atende aldeados abrangidos em região geográfica tradicionalmente ocupada.

O referendo foi unânime, com apenas pequenas divergências dos Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin a respeito da extensão e da forma de apresentação do plano de contenção imposto ao Governo.

Durante a sessão plenária, o Ministro Relator esclareceu as razões de sua cautelar afirmando que as omissões protetivas para aquelas populações vulneráveis eram claras e, com a finalidade de salvar o maior número de vidas possíveis, impunha-se uma medida mais protetiva por parte do judiciário. No entanto, com relação à maneira com que essa medida seria tomada, por se tratarem de políticas públicas a serem adotadas, entendeu mais prudente impor ao Governo que, munido dos dados que possuía, formulasse a política pública por conta própria, a partir de determinados critérios estabelecidos pelo juízo e sujeitos a posterior homologação. A essa imposição, que determina somente a obrigação de fazer, de legislar adotando determinados parâmetros, mas, ainda assim, garantindo a margem de discricionariedade própria do Executivo na elaboração em minúcias das políticas públicas, chamou de diálogo institucional.

Por fim, o fato de a decisão referendada ter submetido o Plano à homologação do juízo fez com que o programa de enfrentamento apresentado pela União fosse submetido a sucessivas mudanças. O Plano foi apresentado, retificado a partir de arrazoado apresentado pela APIB e de decisão monocrática, completamente reestruturado após decisão que determinou a apresentação de um segundo plano e, finalmente, parcialmente homologado em 31.08.2020, com múltiplas ressalvas que determinavam aprimoramento específico de dezenas de medidas

no curso da implementação. Para que a homologação fosse feita, o relator utilizou-se de técnica criativa, mas adequada e com alto teor conciliatório, na qual intimava previamente as entidades envolvidas para que corroborassem com ideias ao plano e ratificassem ou não aquelas apresentadas pela União, em uma espécie de aferição do grau de satisfação dos envolvidos com a política pública, inclusive sobre critérios bastante específicos do plano, tais como ordem de prioridade adotada para implementação e reforço de barreiras sanitárias.

Portanto, feitos esses breves esclarecimentos sobre as pretensões postas e a decisão da Corte, a presente análise se aprofundará em dois aspectos relevantes e inovadores observados na decisão colegiada: (i) Aspecto decisório quanto ao direito material, na medida em que se reconheceu necessidade de maior proteção dos direitos fundamentais ante os graves riscos oferecidos pela crise e, reconhecendo-se omissão da União, necessidade de medidas excepcionalmente interventivas; e (ii) Aspecto decisório quanto a forma de decidir, na medida em que o Tribunal entendeu que mesmo diante da inércia do executivo, a melhor maneira de resolver a situação seria por meio do que se chamou de “diálogo institucional”. Isto é, em detrimento de uma decisão totalmente pré-estabelecida pelo judiciário, como é o usual na jurisdição constitucional, a exemplo dos Mandados de Injunção, preferiu-se a criação de um consenso, de uma harmonização das pretensões da ADPF, atuando o judiciário quase que como um mediador, um facilitador na resolução do problema posto.

Abaixo, será abordado em maior profundidade e de forma crítico-analítica cada um desses aspectos decisórios extraordinários do julgado.

## **2.2 A decisão colegiada quanto ao mérito: Direito humano fundamental e a maior necessidade efetividade da tutela jurisdicional**

Analisando-se o primeiro dos dois aspectos acima pontuados, o Tribunal entendeu pela necessidade de uma proteção em maior grau, proteção essa imposta pelas circunstâncias impostas pela COVID-19, mas também pelos princípios da Constituição, como será mais adiante detalhado. Tal reconhecimento foi precedido, no entanto, do reconhecimento de uma omissão por parte do Executivo nas políticas públicas elaboradas, e sobre esse aspecto, o critério adotado para o reconhecer a omissão foi sobretudo com fundamento nos dados apresentados na ação, especialmente as taxas de mortalidade e de contágio apresentadas, que representavam quase o dobro que os patamares da população em geral.

Quanto à excepcionalidade em razão das circunstâncias, é elucidativo o voto do Ministro Luiz Fux:

*“Nós vivemos um momento de exceção dentro de um Estado de Direito, e no Estado de Direito, um dos maiores vetores da defesa do Estado de Direito no momento de exceção é, se por um lado a deferência àqueles que tem capacidade institucional, também é a tutela dos direitos fundamentais, e a pandemia apresenta um impacto desproporcional sobre os povos indígenas originários.”*<sup>58</sup>

Ou seja, reconhecido o contraponto entre deferência aos atos e às políticas públicas livremente adotadas pelo Executivo e a tutela em maior grau de direitos humanos fundamentais, ainda que com o custo jurídico de tomar-se uma decisão interventiva, a Corte optou pela segunda opção.

É de se notar que nesse aspecto, que a maneira de legitimar essa opção pelo Tribunal foi mediante profunda fundamentação. Partindo do princípio da isonomia, consignou o Ministro Fux que para proteger os mais vulneráveis é necessário conferir tratamento diferente, com maior grau de proteção que o usual, na medida em que se exige tratamento desigual para aqueles que estão em situação desigual, e os indígenas, no caso, estão em clara posição de desigualdade por serem minoria altamente vulnerável à pandemia, vulnerabilidade essa reconhecida não somente pelos dados alarmantes, adotados para fundamentar o reconhecimento da existência de omissão, mas também pela própria Constituição, que confere proteção especial aos indígenas em capítulo próprio no texto constitucional.

Ainda sobre a necessidade de proteção mais efetiva, o Ministro afirmou que a Constituição brasileira é pós positivista e, nesse sentido “as regras e os princípios se aproximam da ética e da legitimidade” de modo a “transformar o ser humano no centro de prioridade do universo jurídico”.

Assim, o Tribunal deixou claro entendimento de que, em que pese a necessidade de deferência aos atos e às matérias atinentes ao Executivo, a hermenêutica pós-positivista –

---

<sup>58</sup> . BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Pleno. Direitos Fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Liminar referendada em 05/08/2020. Voto proferido em sessão pelo Ministro Luiz Fux.



declaradamente predominante nesse julgado – superposiciona, no juízo de ponderação da crise, os direitos fundamentais, e especialmente a vida e a saúde, à deferência aos atos dos demais Poderes.

O Supremo Tribunal Federal, com esse julgado, afirmou uma linha hermenêutica que se aproxima bastante do modelo neoconstitucionalista, e tratando de aparente contraposição entre a tripartição de poderes e a tutela dos direitos fundamentais, aplicou de forma apropriada as lições do Professor Paulo Bonavides<sup>59</sup>, que afirma que na atualidade, os direitos fundamentais ocupam a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito, posição estrutural culminante que, na velha hermenêutica típica do estado liberal, era ocupada por “a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites”.

A deferência do judiciário perante os atos dos outros poderes é, como apontado nos votos, pressuposto claro do Estado de Direito e da democracia. No entanto, a adequada adoção de uma hermenêutica substancialista insta reconhecer que os atos legislativos, ainda que existentes, formalmente postos e aparentemente suficientes podem ser, e não raro são, insuficientes. É necessário dar concretude ao direito material, e nesse sentido, andou bem o voto do Ministro Luiz Fux ao asseverar que a sociedade e o judiciário não podem também “assistir passivamente” às violações aos direitos humanos fundamentais materializadas nos dados alarmantes relativos aos povos indígenas.

Em outras palavras, há momentos em que as circunstâncias da crise, especialmente quando há risco à direitos fundamentais, implicam que a hermenêutica jurídica adotada se distancie de uma natureza hermética e autorreferenciada. A existência formal de legislação e a legítima tutela da deferência aos atos dos poderes constituídos não pode servir para que se faça de conta que os indígenas não estão sendo, objetivamente e no mundo dos fatos, gravemente atingidos com a ausência de políticas materialmente efetivas, atingimento esse pago com inúmeras vidas humanas. Nesse aspecto, lembrou bem Ministro Lewandowski que o Direito não pode e não deve ficar adstrito a definições, mas deve atentar-se à realização do direito. Em síntese, não pode a formalidade se sobrepor ao direito material, e no caso, direito fundamental da maior importância, qual seja: direito à vida.

---

59 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 586

No caso concreto, coube ao tribunal reafirmar a vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*), já afirmada em diversas outras ocasiões na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>60</sup>, que é subprincípio corolário da proporcionalidade e é o contraponto da proibição do excesso. Tal vedação, segundo Barroso<sup>61</sup>, decorre da ideia de que o Estado tem deveres de atuação para a defesa e promoção dos direitos fundamentais, exigindo-se comportamentos mínimos obrigatórios e deveres de atuação. No descumprimento desses deveres, viola-se a proporcionalidade e consequentemente surge a inconstitucionalidade.

Para além da vedação à proteção insuficiente, a Corte também entendeu que essa superposição também se justificaria, como lembrou o Ministro Alexandre de Moraes, pela natureza contramajoritária dos direitos fundamentais, que servem como freios para a desígnios livremente escolhidos pelos demais poderes, no caso, pelo Poder Executivo. Essa característica do exercício do controle de constitucionalidade, afirma o magistério de Luís Roberto Barroso<sup>62</sup>, tem como fundamento central a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ana Paula Barcelos<sup>63</sup>, no mesmo sentido, explica que uma das funções da Constituição é veicular e garantir consensos mínimos, essenciais para o funcionamento do próprio regime democrático, de maiorias políticas ocasionais. Nesse sentido, defende a autora que a função contramajoritária se justifica para evitar a própria subversão da democracia, por meio do alijamento de direitos de grupos da sociedade e da mudança das regras do jogo.

Em aspecto não relacionado ao mérito, mas igualmente relevante, a abertura hermenêutica em razão da efetiva proteção dos direitos fundamentais e da defesa das minorias também foi observada no próprio reconhecimento da legitimidade ativa da APIB na ADPF. Muito embora a ação tenha sido proposta em conjunto com partidos políticos, e por isso mesmo a questão da legitimidade nem sequer foi impugnada pela AGU, o Ministro Relator afirmou

---

<sup>60</sup> Exemplificativamente: RE 418.376, Relator Ministro Marco Aurélio e ADI 3510, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Neste último, o histórico caso das células-tronco no Brasil, o voto-vencido do Ministro Gilmar Mendes consignou que “Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 25.08.2008.

<sup>61</sup> BARROSO. Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 512-513.

<sup>62</sup> *Ibidem*

<sup>63</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 3.ed. 2020. p. 27.

expressamente que a admissibilidade da entidade beneficiou-se da flexibilização da jurisprudência da Corte na caracterização do que se deve entender como entidades de classe para fins de propositura de ação direta. Segundo o Ministro, a jurisprudência passou de um primeiro momento em que “se entendeu como entidade de classe apenas o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica ou profissional.”, para um momento em que se passou a admitir também, “entidades representativas da defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis.” Muito embora existentes duas decisões nas quais essa legitimidade de entidades não representativas de atividade econômica ou profissional já havia sido reconhecida, a ADPF 709 representou a primeira decisão plenária nesse sentido, e a abertura de um precedente em questão que, malgrado não tenha sido debatida em grande extensão entre os ministros nessa ADPF, certamente retornará em casos futuros do Tribunal.

Assim, percebe-se na razão de decidir uma prevalência dos fatos concretos, e de visão notadamente substancialista que visa uma real proteção efetiva, e não apenas formal, dos direitos fundamentais em questão como diretrizes para a interpretação protetiva e a decisão com maior grau de ingerência. No entanto, é possível perceber também um maior grau de esforço argumentativo, altamente benéfico em debates de grande complexidade e que tem o condão de legitimar uma decisão, *prima facie*, juridicamente criativa. Na ocasião, o Supremo esteve diante de um caso difícil, em que as duas partes apresentaram argumentos sérios e legítimos. Nessas hipóteses, McCormick<sup>64</sup> afirma que não basta a mera afirmação de razões superficiais, simplesmente recitando uma regra e imputando a ela um significado no contexto dos fatos, mas deve o juiz, como dever de fidelidade para com o Direito e para com o Estado de Direito, justificar cuidadosamente as decisões, com argumentação e fundamentação bem construída. Em grande medida, foi isso que se observou no caso.

É notório que não há lei positiva que autorize, expressamente, a mudança de rumos de políticas públicas de forma tão radical. Com a exceção de parcela pequena dos pedidos formulados pela APIB, não houve, no caso, uma mera situação de subsunção do fato a norma. Desse modo, o caso exigiu certa sofisticação na interpretação constitucional e na fundamentação da Corte, especialmente em virtude de que, se deferidas as medidas pleiteadas pela APIB sem tais elementos, a intervenção em um outro poder teria um grau alto, tornando-

---

<sup>64</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 371.

se questionável do ponto de vista da tripartição harmônica de poderes (art. 2º, CRFB) e, especialmente, porque a União apontou a existência de múltiplas políticas públicas voltadas para a proteção da saúde dos indígenas, não havendo falar assim, ao menos formalmente, em omissão legislativa.

Assim, diante de uma clara omissão no campo material com potencial lesivo a direitos humanos fundamentais, a Corte adotou uma maneira mais complexa e certamente mais harmoniosa de se decidir.

Complexa na medida em que, como exposto, baseou-se em princípios, diretrizes internacionais e valores pós-positivistas ao invés de normas expressas, facilmente extraíveis do texto constitucional. A fundamentação principiológica, articulada com os dados postos pelas requerentes e uma forte preocupação substancialista foi a base de todos os votos dos ministros, sendo raras as remissões diretas ao teor expresso do texto constitucional.

Harmoniosa porque lançou mão de forma de decidir verdadeiramente inovadora, como apontado pela própria decisão do Relator, uma experiência pioneira, qual seja: o diálogo institucional. Esse aspecto, atinente a forma de decidir, será adiante explicado.

### **2.3 O “diálogo Institucional” – Uma nova forma de decidir?**

Uma vez verificada a omissão, o diálogo institucional foi a forma adotada para se decidir no caso ao invés da ingerência direta. Nesse sentido, não se impôs uma solução pré-pronta, uma política pública pormenorizada e mandatória, mas optou-se por determinar que o Governo Federal, por conta própria e utilizando das informações de que dispõe, criasse a política pública, seguindo elementos pré-determinados pela Corte e sujeitos a posterior homologação.

Segundo o Ministro Relator, essa técnica consiste no seguinte procedimento: “se abre prazo para a apresentação de planos e projetos e depois se verifica o nível de satisfatoriedade desses planos e se monitora a sua execução.”

A técnica é claramente mais harmônica que a ingerência direta e adota, para um pedido que exige altíssimo grau de intervenção judicial em outro poder, uma articulação maior,

normalmente não vista, ao menos não de forma explícita, em momentos de normalidade. Sobre a dialeticidade da decisão, o Ministro relator afirmou que, em parceria com o Advogado-Geral da União, tratou pessoalmente sobre o assunto com o General Augusto Heleno, do GSI, com o Secretário Executivo, General Bassoli, com a Ministra Damares Alves e com os advogados das comunidades indígenas.

A nova técnica, até o presente momento, mostrou-se extremamente benéfica à escorreita solução do caso. Parte do pressuposto de que em uma crise, nenhum poder ou agente político pode agir totalmente sozinho e que as decisões articuladas sempre levam ao melhor desfecho.

A decisão preservou em maior medida os postulados do art. 2º da Constituição e reconheceu que o judiciário, por mais que possa, deva e tenha que intervir na defesa dos direitos fundamentais, tem também o dever de adotar uma postura harmoniosa sempre que possível, com um grau de articulação com os agentes da lide de modo a reconhecer o espaço político de outros poderes constituídos, a fim de evitar confrontos institucionais, invariavelmente deletérios ao interesse público e que já se mostraram extremamente frequentes na crise da COVID-19. Mostra-se, assim, bastante atual o que afirmara Neri da Silveira<sup>65</sup>, em um de seus pronunciamentos, no sentido de que a Corte deve, por vezes, ter uma autêntica função de poder moderador, dirimindo e arbitrando os conflitos que possam perturbar a indispensável harmonia dos Poderes Políticos, sem a qual, a experiência histórica ensina, não se alcançam os interesses superiores da República, o bom funcionamento das instituições democráticas e nem os objetivos maiores e impessoais do bem comum.

A crise, naturalmente, traz consigo circunstâncias de eventuais choques institucionais e riscos ao mandamento constitucional da harmonia entre os poderes. No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado certo esforço em preservar tal harmonia durante a crise da COVID-19, esforço esse altamente ilustrativo no presente caso, e também em concilia-la com a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Como afirmou o Ministro Fux na cerimônia de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, o norte em tais momentos deve ser “a necessária deferência aos demais Poderes no âmbito de suas competências, combinada com a

---

<sup>65</sup> NÉRI DA SILVEIRA. José. *Discurso do Ministro Neri da Silveira na Solenidade de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. 1989. Inteiro teor disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_Possepresidencial\\_NeridaSilveira\\_NOVACAPA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Possepresidencial_NeridaSilveira_NOVACAPA.pdf). Acesso em 24.10.2020.

altivez e a vigilância na tutela das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Afinal, o mandamento da harmonia entre os Poderes não se confunde com contemplação e subserviência”<sup>66</sup>

Até o momento, é perceptível que nesse caso houve uma verdadeira mediação do conflito, quase que se afastando da solução heterocompositiva própria do contencioso constitucional. Isso se percebe pela própria postura do Relator e da União durante a ratificação da liminar. O Advogado-Geral da União iniciou a sustentação afirmando que veio “prestar contas” sobre o fiel cumprimento da cautelar, e que obteve respaldo das pastas competentes para não impugnar a decisão liminar. Ou seja, a União, inicialmente resistente à inicial, aceitou os termos da cautelar proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que harmonizou pretensões com uma nova forma de decidir: Reconhece-se o direito da arguente e oportuniza-se o conserto *sponte propria* pelo arguido, poder originariamente responsável. Não fora pela margem de liberdade na criação da política pública conferida por essa técnica de decisão, dificilmente a decisão teria sido recebida com tamanha deferência pela União, e naturalmente teria ensejado uma postura de impugnação incisiva da medida cautelar.

Como adiantado, a sujeição do Plano à homologação do juízo foi fator que causou idas e vindas na política pública apresentada pela União, inclusive, com a determinação de que o Plano fosse refeito na integralidade. No entanto, ainda aí se observou uma grande primazia pelo dialogo entre os agentes envolvidos e certo esforço pela harmonia na maneira de decidir do Tribunal, vez que o que motivou a determinação para a reconfecção do plano foi o não atendimento de critérios específicos, que confeririam concretude ao plano e, sobretudo, a quebra de dialeticidade com os demais agentes no Plano inicialmente apresentado pela União. Isso porque as partes envolvidas apontaram, após a apresentação do primeiro plano, que a política apresentada, além de vaga, não ponderou os pontos apresentados pelos agentes, e nisso haveria uma quebra da maneira “mediadora” de decidir da Corte, presente em todo o julgamento até a apresentação do Plano.

---

<sup>66</sup> FUX, Luiz. *Discurso do Ministro Luiz Fux na Solenidade de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, proferido na sessão solene do dia 10.09.2020*. Inteiro teor disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>

Portanto, a conclusão quanto a uma possível abertura na hermenêutica constitucional na ADPF 709, ao menos em sede de liminar, deu-se por duas frentes: Quanto ao direito material e quanto a forma de decidir.

Na primeira, conferiu-se maior efetividade e reafirmou a força contramajoritária dos direitos fundamentais, lançando-se o Tribunal de forte argumentação principiológica, aprofundado grau de fundamentação embasado na natureza pós-positivista da constituição e prevalência, ainda que de forma não explícita nos votos, da força normativa dos princípios e da leitura moral da Constituição. O fato do referendo em um tema difícil ter ocorrido de forma unânime demonstra também que há, em certa medida, determinado consenso do Tribunal quanto a força normativa dos princípios e quanto a essa leitura moral.

Quanto a forma de decidir, a Corte usou de forma declaradamente nova, qual seja, o diálogo institucional, por meio do qual se determina a criação de políticas públicas com determinadas diretrizes e se homologa posteriormente o plano, sem que o judiciário tenha que dizer aos outros poderes, diretamente, o que fazer.

### **3 ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 – A MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020 E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E PRIVACIDADE**

Este capítulo analisará a forma de decidir do Supremo nas ADIs sobre o compartilhamento de dados, por empresas de telefonia, ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Os eventos recentes e o conhecimento, hoje já bastante difundido, de que o manejo temerário de dados pode causar riscos à democracia<sup>67</sup> torna esse caso excepcionalmente interessante, uma vez que, como se demonstrará, o Supremo não ignorou esse risco e o sobrepôs a uma necessidade real do Governo. As análises foram feitas integralmente a partir dos votos orais proferidos em sessão, vez que, até a conclusão deste trabalho, o acórdão de julgamento ainda não havia sido publicado.

#### **3.1. Panorama Geral**

Em 17.04.2020, foi editada a Medida Provisória 954/2020 que, em síntese, previa o compartilhamento, por empresas de telefonia fixa e móvel, de nomes, telefones e endereços dos usuários de serviços de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, órgão estatal. Dois dias depois, o Conselho Federal da OAB pede a declaração de inconstitucionalidade da medida provisória na ADI 6387 e os partidos políticos Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil – PC do B, também o fazem nas ADIs 6389, 6390 e 6393, respectivamente.

As causas de pedir são muito semelhantes. Em síntese, os arguentes alegaram que a violação irrestrita de dados, sem a devida proteção quanto à segurança de manuseio, sem justificativa adequada, sem finalidade suficientemente especificada e sem garantia de sigilo por uma autoridade estatal viola a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como o sigilo dos dados (Art. 5º, X e XII, respectivamente). Também violaria o princípio da proporcionalidade, em seus subprincípios adequação necessidade e justa medida, na medida em que a quebra sem restrições do sigilo de tais dados com o fim genérico de realizar pesquisas não atenderia a tais

---

<sup>67</sup> O exemplo mais notável do mencionado risco talvez seja o caso Cambridge Analytica, em que esse manejo teria afetado o resultado de eleições. O caso é, inclusive, mencionado no voto de vários ministros.



pressupostos. As arguentes também apontaram o enorme risco grave de vazamento de dados que, em um contexto de *fake news* e possibilidade de cruzamento de dados, teria um potencial nocivo sem precedentes.

Utilizando-se de precedentes esparsos do STF e especialmente da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã<sup>68</sup>, o Conselho Federal da OAB e os partidos políticos pedem que o Supremo Tribunal Federal reconheça expressamente um novo direito: o direito à autodeterminação informativa.

A AGU, de sua parte, alegou que há obrigação legal de todos os cidadãos brasileiros de fornecerem informações à Fundação IBGE, instituto obrigado a assegurar o sigilo de todos os dados que lhe são confiados, com protocolos próprios de segurança das informações. Alegou também que o IBGE produz informação estatística essencial para o auxílio na formulação de políticas públicas de combate à pandemia e, posteriormente, de recuperação econômica, e que, no atual contexto de isolamento, tais informações não teriam como ser obtidas de outro modo. Nesse sentir, alegou a existência de *periculum in mora* reverso, na medida em que o atendimento ao pedido dos requerentes iria interferir em uma série de políticas públicas, inclusive relacionadas à saúde e à assistência social.

Alegou também que os dados requeridos eram dados neutros e cadastrais, com finalidade específica de pesquisa, não havendo, respectivamente, violação ao direito à intimidade nem ao sigilo de dados. E por fim, talvez como ponto de análise mais relevante para o presente trabalho, alega que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, entendeu que não há quebra de sigilo de dados, na medida em que se trata “de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista”.

Munida de tais informações, a Ministra Rosa Weber, relatora, concede a cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o

---

<sup>68</sup> REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Acórdão do 1º Senado - 1 BvR 209/83 -, Rn. 1-215. Julgado em 15.12.1983. Disponível em: [http://www.bverfg.de/e/rs19831215\\_1bvr020983.html](http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html) . Acesso em 02.10.2020

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE “se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia.” A decisão foi referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O Tribunal entendeu pela falta de razoabilidade da medida, assentando haver enorme risco na devassa dos dados de todos os brasileiros sem que fosse possível aferir interesse público legítimo no compartilhamento, vez que a norma não esclarecia o objeto, finalidade, amplitude, necessidade da estatística a ser produzida, forma como os dados seriam utilizados nem mecanismos técnicos ou administrativos apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida. Nessa linha, vários votos reconheceram o direito à autodeterminação informativa.

### **3.2 Considerações quanto à decisão colegiada: a predominância das circunstâncias fáticas na *ratio decidendi*.**

Como apontaram os Ministros Barroso, Fachin e brevemente o Ministro Celso, as razões dos dois lados são significativas. Didaticamente, o Ministro Barroso apontou que esse era um caso de “ponderação entre dois valores importantes: 1- Estatística, que não é um valor em si, mas é ferramenta indispensável no mundo contemporâneo para a formulação de políticas públicas adequadas. 2 – Direitos constitucionais da intimidade e vida privada.” Portanto, a primeira nota sobre o caso é a de que não se tratava de uma questão fácil, simples de se decidir.

Ante essa contraposição entre valores relevantes, o Supremo fez prevalecer a primeira opção, e o fez notadamente por meio da seguinte forma: (i) Forte reconhecimento da força das circunstâncias fáticas da atualidade na hermenêutica constitucional, circunstâncias essas que fogem ao debate puramente jurídico; (ii) Adotando-se leitura constitucional a partir dos fatos, reconhecimento da necessidade de abertura na hermenêutica dos direitos fundamentais e, com isso, a necessidade do reconhecimento de novos direitos, mesmo com a constatação de que a crise da COVID-19 apresenta-se como um fator potencialmente capaz de ensejar a limitação dos direitos fundamentais.

Quanto ao primeiro aspecto, todos os votos, até mesmo o único divergente, levaram os fatos, aquilo que é, e não o que deveria ser, como um fator preponderante na razão de decidir.

Para a maioria, esse reconhecimento se deu a partir da ideia de que, hoje, vive-se um cenário de risco altíssimo no compartilhamento desses dados.

O Ministro Barroso apontou que o momento atual é de campanhas de desinformação, de difamação, de ódio e do *deepfake*, e que “[...] vivemos tragicamente um tempo de milícias digitais robotizadas operadas por marginais. [...]”. Seguindo a maioria, apontou para a existência de um desproporcional risco de *hackeamento*, de uso indevido de dados com fins políticos e pela ausência de tranquilidade que a Medida Provisória dava com relação à não ocorrência dessas hipóteses.

O Ministro Luiz Fux, ao corroborar com essa argumentação preponderantemente fática, apontou que é fusão do direito com a realidade e o sentimento própria sociedade e da imprensa que impelem pela desproporcionalidade da medida:

“Hodiernamente, o Direito não vive apartado da realidade. [...] Com os pés na terra, nós sabemos hoje que a difusão desses dados ela é [...] perigosíssima. Nós sabemos que isso não é um sentimento, não só um sentimento jurídico, é um sentimento da própria sociedade. [...] Eu destaquei ontem [...] uma nota da jornalista Mônica Bergamo no sentido de que ela assenta que grande massa de dados em um único órgão federal pode abrir espaço para o uso indevido de informações. Isso não é uma assertiva jurídica, isso é uma assertiva que se baseia exatamente na experiência social. Ou seja, é a fusão do direito com a realidade. Aqui foi destacado: um risco imenso em um momento em que o Brasil não representa uma Nova Zelândia, o Brasil não representa uma Finlândia, o Brasil hoje representa um país em que nós estamos convivendo com manipulação de dados.”<sup>69</sup>

Essa ideia de que o momento que o Brasil vive, de grande desconfiança com relação ao Estado em geral foi razão apta a fazer prevalecer, nesse caso, o direito à privacidade sobre a necessidade governamental de obtenção de dados, foi inclusive novamente afirmada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em palestra acadêmica em 25.08.2020<sup>70</sup>.

Assim, novamente nesse julgado, a Corte mostrou-se adepta à considerar fatores não jurídicos, como o momento que o Brasil atravessa, especialmente em uma situação em que o

---

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. Pleno. Trecho do voto proferido em sessão pelo Ministro Luiz Fux. Acórdão ainda não publicado. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=84M0nOQhQXo&t=979s>. Acesso em 14.09.2020

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Debates: Constituição, Democracia e Direito – Pandemia da COVID-19, Decisões do Supremo Tribunal Federal e Uma Agenda Pós-Crise*. 2020. Centro Universitário de Brasília. Brasília-DF.

poder público já oportunizou demonstrações grosseiras de que goza de pouco crédito com o manejo de dados e informações, à exemplo das múltiplas tentativas de se omitir dados a respeito da pandemia<sup>71</sup>, como fatores principais para fundamentar suas decisões, e o fez abertamente.

Essa preponderância dos fatos na razão de decidir demonstra uma característica, novamente, de hermenêutica notadamente neoconstitucional no posicionamento da Corte. Eduardo Cambi<sup>72</sup> explica que para essa corrente, a concretização do Direito não pode se dissociar da realidade nem ser pensada por institutos inadequados aos fenômenos contemporâneos, vez que o Direito tem como escopo fundamental abordar a condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, que são constantemente mutáveis.

Esse aspecto da necessária aproximação entre o direito e a realidade é uma das grandes críticas do neoconstitucionalismo ao modelo clássico de interpretação constitucional. O Professor Luís Roberto Barroso<sup>73</sup>, ao tecer críticas ao modelo hermenêutico clássico e dissertar sobre o papel das normas na nova hermenêutica, afirma que a solução dos problemas jurídicos “nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente.”, tópica aqui referida como método interpretativo no qual o intérprete deve escolher, dentre o conjunto de regras constitucionais disponível, aquela mais adequada e que promova a solução justa do caso concreto.<sup>74</sup>

Ao não se ater às questões puramente legais, como a obrigação legal de todos os cidadãos de fornecerem dados ao IBGE, a necessidade da obtenção de dados materializada pelo próprio texto da MP e à existência de políticas de segurança do IBGE, boas ou más, a Corte entendeu, mais uma vez, que a substância do direito, seja ela uma garantia na forma de barreira sanitária, como no primeiro caso, ou uma ordem de abstenção, como nas ADIs em análise, tem

---

<sup>71</sup> Questão judicializada por meio da ADPF 690.

<sup>72</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica: Vitória*, ano 1. n.6 . 2007. p. 2. Disponível em: [https://www.academia.edu/29279895/NEOCONSTITUCIONALISMO\\_E\\_NEOPROCESSUALISMO](https://www.academia.edu/29279895/NEOCONSTITUCIONALISMO_E_NEOPROCESSUALISMO). Acesso em 21.10.2020.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em 21.10.2020.

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 92

importância superior à mera não intervenção nos atos dos demais poderes e à cega deferência à norma válida, que pode ser inócua para atingir a plenitude do direito material.

Aqui, esse reconhecimento possui contornos distintos do primeiro caso, vez que se reconheceu circunstancialmente o perigo na liberação em razão do momento vivido pelo mundo e, especialmente, pelo Brasil.

E onde, de fato, toda essa consideração das circunstâncias fáticas afetou no julgado do Supremo e por que isto fez o julgado se distinguir de uma jurisdição constitucional de normalidade? Afeta justamente no juízo de ponderação realizado pelo Tribunal, que é orientado pela proporcionalidade, princípio indissociável de uma análise criteriosa dos fatos no caso concreto. É que a proporcionalidade é um preceito de justiça, que incorpora a ideia de que quanto maiores os danos ou riscos oferecidos pelas medidas governamentais, maiores devem e mais bem fundamentadas devem ser suas justificativas e razões<sup>75</sup>. Nessa linha, como diversos ministros apontaram, os riscos tremendos que a situação criada pela MP oferecia – riscos esses que só foram reconhecidos a partir dessa análise mais atenta dos fatos excepcionais, das circunstâncias não propriamente jurídicas e da realidade que o Brasil vive – não eram amparados por justificativa argumentativa suficientemente robusta da Medida Provisória. Assim, a ponderação tendeu para uma alternativa – que, talvez, em uma situação de normalidade não prevalecesse – justamente pelas circunstâncias fáticas excepcionais, felizmente consideradas com preponderância no julgado.

### 3.3 O reconhecimento de novos direitos fundamentais

Nessa esteira, e como ponto central na abertura hermenêutica verificada nesse caso, o Tribunal reconheceu um novo direito decorrente das circunstâncias excepcionais: O direito à autodeterminação informativa. O reconhecimento desse novo direito não é, em absoluto, desconexo ao tópico anterior. Ao revés, foram justamente as circunstâncias fáticas, fortemente consideradas no julgado, que implicaram no reconhecimento desse novo direito fundamental.

---

<sup>75</sup> JACKSON. Vicki C. Constitutional Law in an Age of Proportionality. *The Yale Law Journal*. 124:3 094 2015.P. 3098 Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5723&context=ylj>. Acesso em 01.10.2020

Os atuais riscos oferecidos pelos cruzamentos de dados e a louvável atenção da Corte à possibilidade de tentativas de aparelhamento estatal para a criação de um aparato de vigilância coletiva no Brasil com vago fundamento na pandemia da COVID-19<sup>76</sup> foram fatores determinantes no julgado que, felizmente, permitiram o reconhecimento de que o direito à privacidade não pode e não deve permanecer estanque a conceitos obsoletos, e mais, é direito do qual derivam consectários. Como bem apontado no voto do Ministro Gilmar Mendes: “A força normativa da Constituição pode e deve ser atualizada e reconceptualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional, e que hoje são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e proteção da intimidade.”

A afirmação do Tribunal vai ao encontro com a ideia de que os direitos fundamentais são categoria aberta e mutável, que não devem ser percebidos como algo abstrato e reconhecidos naturalmente e desde sempre, mas como frutos de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e agressão ao ser humano<sup>77</sup>. Sobre esse processo de reconhecimento de novos direitos fundamentais, Ingo Sarlet afirma que no âmbito do direito constitucional interno, na mais das vezes, o processo não se dá pela positivação no texto das constituições, mas por meio da transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial de modo a conferir novos conteúdos e funções a direitos já tradicionais<sup>78</sup>. É o que ocorreu no julgado da Corte Alemã de 1983 e no caso ora em análise – ainda que aqui se tenha reconhecido a autonomia do direito à autodeterminação informativa – na medida em que a Corte brasileira reconheceu a autodeterminação informativa como direito próprio extraído do direito à privacidade, este reconhecido de forma positivada desde 1988.<sup>79</sup> Aliás, em análise específica sobre esse julgado, Sarlet esclarece que à mingua de expressa previsão de direito fundamental autônomo à proteção de dados no texto constitucional, o STF procedeu a uma associação e recondução a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial já existentes no ordenamento brasileiro, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do

---

<sup>76</sup> Além das diretrizes internacionais citadas nos votos sobre esse aspecto, as tentativas governamentais não passaram despercebidas pela mídia nacional nem internacional. Apenas a título exemplificativo, ver KEMENY, Richard. *Brazil is sliding into techno-authoritarianism*. MIT Technology Review. 2020. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2020/08/19/1007094/brazil-bolsonaro-data-privacy-cadastro-base/>. Acesso em 02.10.2020

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

<sup>78</sup> Ibidem

<sup>79</sup> O voto do Ministro Luiz Fux é ilustrativo quanto a construção desse raciocínio. Assentou, na linha dos demais Ministros, que: “a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, consectariamente, do princípio da dignidade da pessoa humana.”

direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como os direitos à privacidade e à intimidade.<sup>80</sup>

Nessa linha da evolução do conceito de privacidade, a doutrina reconhece que tal direito fundamental deve ser compreendido segundo a complexidade do seu processo de reinvenção, voltado a atender novas demandas por liberdade, autonomia, inovação, valores democráticos e quebra de paradigmas convencionais do mundo físico, de modo que modelos reducionistas e monoculturais são inadequados para os problemas contemporâneos.<sup>81</sup> A autodeterminação informativa vem, portanto, como uma afirmação da expansão conceitual do direito à privacidade para, dado o momento tecnológico e político atual, conferir, ainda que de forma jurisprudencial, concretude e efetividade ao direito fundamental à privacidade.

Assim, observou-se a abertura de um precedente. Isso porque, realmente, a jurisprudência do Supremo, até o momento, estava consolidada no sentido de que os dados requeridos pela medida provisória (nomes, telefones e endereços) não violariam direito à privacidade, na linha dos já citados precedentes apontados pela AGU e pela PGR. No entanto, a Corte mostrou-se atenta com às novas circunstâncias fáticas, e houve não propriamente um *overruling*, mas uma certa relativização dos precedentes anteriores com votos que, em alguma medida, incorreram em uma mutação constitucional, fenômeno no qual há modificação no sentido e alcance de determinada norma constitucional sem que se opere modificações no seu texto.<sup>82</sup> Tal fenômeno, informa a doutrina, ocorre em circunstâncias nas quais a corte se depara com evolução dos hábitos, costumes e valores da sociedade, inovações tecnológicas e práticas políticas.<sup>83</sup>

É exatamente o que ocorreu no julgado: Ante uma clara mudança nos riscos oferecidos pelos dados, não houve espaço para o argumento segundo o qual os dados exigidos pela MP eram “os mesmos presentes em qualquer lista telefônica”. O Supremo, ante o avanço tecnológico e as circunstâncias do momento, reconceptualizou os já positivados direitos

---

<sup>80</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF? Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protecao-dados-cf>. Acesso em 02.10.2020

<sup>81</sup> SOMBRA. Thiago Luís Santos. *Fundamentos da Regulação da Privacidade e Proteção de Dados Pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo. Thompson Reuters Brasil. 2019. P. 142-143.

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125-126.

<sup>83</sup> KUBLISCKAS, Welligton Márcio. *Emendas e mudanças constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68-69.

fundamentais à privacidade e à intimidade para atribuir-lhes novo alcance e, de forma expressa em alguns votos, afirmou o direito à autodeterminação informativa. Em verdade, o Supremo modernizou-se com o julgado, inaugurando na jurisprudência brasileira conceito há muito já era conhecido em jurisdições estrangeiras.

No momento em que o presente trabalho termina de ser escrito, o direito a autodeterminação informativa já possui respaldo positivo no ordenamento brasileiro, vez que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) já está em vigor em território nacional. No entanto, tendo em vista que o objeto do presente trabalho é analisar a maneira de decidir da Corte, observou-se um benéfico reconhecimento de direito em razão de circunstâncias excepcionais e de medidas desarrazoadas oriundas dessas circunstâncias.



## **4 UMA NOVA HERMENÊUTICA PREPRADA PARA SITUAÇÕES DE INSTABILIDADE – QUAL É O LIMITE DA INTREPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?**

Feitas as análises dos casos específicos, cabe indagar: houve abertura? Se sim, onde foi verificada e qual amparo jurídico legitimou as inovações perpetradas pela Corte? Essas questões são de suma importância pois em momentos de crise, os problemas apresentados à Corte invariavelmente se apresentarão de forma excepcional, e consequentemente demandarão um tratamento jurisdicional igualmente excepcional. Sucede que quanto maior for o grau de excepcionalidade e inovação incorrida nos julgados em circunstâncias da crise, maior a demanda por fundamentação igualmente excepcional, análise acurada do problema, daquilo que realmente está em jogo e das consequências do julgamento, sob pena de incorrer-se em julgados que criem negativas consequências no mundo jurídico, inclusive com a constante desregulação do sistema em razão de crises. Tais aspectos serão abordados no pormenor adiante.

### **4.1. Houve abertura?**

Como foi possível inferir nas análises de casos anteriores, houve expressivo uso de meios alternativos que, até a pandemia, eram pouco ou nunca utilizados pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões. Reconhecimento de novos direitos fundamentais em casos semelhantes a outros em que tais direitos não haviam sido reconhecidos, a técnica do diálogo institucional e uma postura visivelmente mais ativa da jurisdição constitucional em razão da crise foram alguns dos fatores que permitem afirmar que sim, houve e está ocorrendo, ainda no término do presente trabalho, uma abertura hermenêutica por parte do Supremo Tribunal Federal na pandemia da COVID-19.

Felizmente, a abertura observada foi no sentido de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais, e não em relativizá-los durante a crise. É claro que o presente trabalho abordou um universo restrito de casos, e não se desconhece que houve, durante a pandemia, alguns julgados em que o Supremo entendeu por flexibilizar a eficácia de direitos em razão da crise.<sup>84</sup> No entanto, de maneira geral e sem a pretensão de não haverem leituras distintas da atuação do Supremo quanto ao período atual de crise, no que tange a tutela dos direitos

---

<sup>84</sup> Exemplificativamente, a ADI 6363, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

fundamentais, pode-se concluir que a Corte permaneceu vigilante e adotou, para isso, meios alternativos na forma de decidir e notável abertura hermenêutica na leitura dos direitos fundamentais.

Evidentemente que na linha não exauriente do presente trabalho, ainda se pode citar outros casos em que houve abertura considerável: ADPFs 668 e 669, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, nas quais o Supremo entrevistou diretamente em política pública para determinar a imediata suspensão da campanha publicitária “O Brasil Não Pode Parar”, em razão da necessária proteção dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação, uma vez que a campanha conclamava a população a voltar ao trabalho em meio à pandemia e veiculava desinformação. ADIs 6347, 6351 e 6353, Relator Ministro Alexandre de Moraes, na qual a Corte suspendeu a eficácia do artigo 6º-B da Lei 13.979/2020 – incluído pela MP 928/2020 e que estabelecia uma série de obstáculos ao acesso às informações prestadas por órgãos públicos em razão da pandemia – com fundamento, dentre outros, no direito fundamental à informação e, por fim, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, ação que já tramitava antes da pandemia e na qual foi reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro mas que, após pedido de tutela incidental de *amicus curiae* em razão da pandemia, foi proferida, com fundamento no direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados, decisão que “sugeriu” que todos os juízes de Execução Penal do país adotassem uma série de medidas específicas de prevenção da COVID-19 no sistema carcerário. Essa última decisão, apesar de não referendada pelo Pleno, deu ensejo à Recomendação CNJ nº 62, de 17 de março de 2020, que adotou a maioria das medidas listadas na cautelar.

Frise-se também que essa abertura em favor da efetiva proteção dos direitos fundamentais não é fenômeno exclusivo do Brasil. Na crise, várias cortes constitucionais estão adotando postura incisiva e vigilante na proteção desses direitos, não aceitando levemente o argumento da crise do Coronavírus como justificador de qualquer medida desarrazoada. A Suprema Corte de El Salvador, por exemplo, tornou ineficaz a declaração do estado de emergência decretado pelo executivo, após uma quarentena com prisões arbitrárias e sinais de autoritarismo por parte daquele poder<sup>85</sup>. Já a Suprema Corte de Kosovo determinou ao

---

<sup>85</sup> EL SALVADOR Supreme Court Orders State of Emergency Suspended. The New York Times. 18. maio. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/05/18/world/americas/el-salvador-supreme-court-nayib-bukele.html> Acesso em 21/10/2020.

parlamento que fizesse novas leis de contenção ao Coronavírus, vez que o toque de recolher com horários pré-estabelecidos, tal como determinado por aquele governo, violava desproporcionalmente o direito fundamental à liberdade.<sup>86</sup> Em vários outros países, é possível observar que, ao contrário do que se poderia esperar em tempos de excepcionalidade, as Cortes não estão atuando de forma mais leniente, mas sim, mais incisivamente e, pode-se dizer, de forma mais ativista.

Em apontamento objetivo, nos casos analisados neste trabalho, a abertura se deu, quanto à ADPF 709: (i) Conferiu-se prevalência aos direitos humanos fundamentais mesmo ante a clara possibilidade de se tomar uma decisão questionável do ponto de vista da tripartição de poderes e da harmonia institucional, por meio do deferimento de pedidos com alto grau interventivo em políticas públicas de competência do Executivo; (ii) Em passo sem precedentes, e como maneira da Corte cumprir sua missão institucional de proteção aos direitos humanos, a Corte, pelo plenário, conferiu interpretação aberta para reconhecer a legitimidade de associações na defesa de interesses de grupos vulneráveis e de minorias para propor ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal<sup>87</sup> e, por fim; (iii) Abertura quanto a maneira de decidir, que adotou lógica dialética na qual determinou-se que o Governo elaborasse a política pública para que depois o Tribunal e os arguentes verificassem “o nível de satisfatoriedade desses planos”. Frise-se que essa maneira, de oferecer a contraparte prazo para manifestar-se sobre a política e, com base nisso, negar homologação à uma política pública de iniciativa de outro poder é forma nova, sem precedentes e que denota alto grau de ativismo judicial, mas que, como defendido ao longo de todo o presente trabalho, foi medida necessária e, dadas as circunstâncias, talvez a melhor forma de se decidir bem causando o menor desgaste possível.

---

<sup>86</sup> GRAZHDANI, Drini. *Kosovo's Constitutional Court finds COVID-19 Measures Unconstitutional*. Oxford Human Rights Hub. 2020. Disponível em: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/kosovos-constitutional-court-finds-covid-19-measures-unconstitutional/>. Acesso em 19.10.2020

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Case law compilation: Covid-19 / Brazilian Federal Supreme Court*. -- Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case\\_law\\_compilation\\_covid19.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case_law_compilation_covid19.pdf). Acesso em 25.10.2020. O relatório publicado em outubro também destaca a natureza inovadora e sem precedentes dessa interpretação colegiada: “Firstly, and taking an unprecedented step, the Court acknowledged the Coalitions’ legal standing to file actions directly before the Court. According to the Constitution, professional associations enjoy such right, but until this ruling, the Court’s jurisprudence had interpreted professional associations, for those purposes, as the ones representing peoples who perform the same professional or economic activity. The Rapporteur noted, however, this understanding was incompatible with the institutional mission of the Court to protect human rights”.

Deveras, a forma de decidir é benéfica na medida em que, como asseveram Fux e Arabi<sup>88</sup>, em momentos institucionalmente desafiadores ou quando as instituições democráticas falham ou parecem entrar em crise, o judiciário deve atuar de forma estabilizadora, por meio de instrumentos que oportunizam a construção plural de uma melhor solução de controvérsias, mostrando-se como um baluarte contra os riscos de retrocesso democrático inerentes a esses momentos. Nisso, a técnica de diálogo institucional da ADPF 709 utilizou-se desses meios alternativos, respeitando em algum grau o espaço institucional dos demais poderes ao não determinar tão somente a mera execução de uma decisão judicial pré-pronta. Determinou-se, ao revés, a criação de uma política pública “*taylor-made*”, uma política pública nos moldes do que a decisão da Corte determinou, moldes esses mandatórios, ao ponto, inclusive, de se anular o plano inicialmente apresentado, vez que fugiu aos parâmetros estabelecidos pelo STF. Ativismo necessário, mas ativismo ainda assim.

Já quanto às ADIs da MP 954/2020, a abertura se deu na medida em que o Tribunal reconheceu que as circunstâncias, ou seja, razões não jurídicas, teriam o condão de fazer a Corte reconhecer um risco inerente à política pública veiculada na medida provisória e, como consequência disso, mudar o entendimento até então vigente a respeito dos dados para reconhecer um novo direito decorrente do direito à privacidade, qual seja, o direito à autodeterminação informativa.

As ADIs representaram, em alguma medida, um desvio da jurisprudência do STF até então vigente com relação à proteção de dados. De fato, os precedentes apontados pela AGU, embora versassem sobre dados referentes ao sigilo bancário e a lei impugnada naquelas ADIs, não fizessem referência à um universo tão grande de brasileiros, assentaram, em 2016, que o direito à intimidade e a vida privada estariam resguardados numa transação de dados entre dois portadores que mantivessem dever de sigilo com relação aos dados transacionados.<sup>89</sup>No mesmo sentido, havia na Corte uma jurisprudência pela ausência de proteção dos dados em si mesmos,

---

<sup>88</sup> FUX. Luiz. ARABI. Abhner Youssif Mota. *A função conciliatória do Supremo Tribunal Federal como tribunal da federação*. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-14/fux-abhner-arabi-funcao-conciliatoria-tribunal-federacao#author>. Acesso em 14.09.2020

<sup>89</sup> “Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2859, Acórdão. Relator Ministro Dias Toffoli., j. 24.02.2016

dados cadastrais.<sup>90</sup> Assim, embora absolutamente justificável juridicamente, fato é que houve abertura na interpretação constitucional e, em algum grau, uma mutação constitucional, vez que a mudança de perspectiva no conceito dos direitos constitucionais e, conseqüentemente, a atribuição de um novo significado a uma norma constitucional se deu de forma informal, sem reforma por emenda propriamente dita (*Verfassungsänderung*) e por meio de interpretação constitucional judicial.<sup>91</sup>

As aberturas ocorridas são justificadas com relativa facilidade. A observância dos limites nos poderes dos poderes e a harmonia institucional não são fins em si mesmos, e quando em conflito com direitos fundamentais, não podem servir para justificar arbitrariedades e excessos de um dos poderes contra toda a ordem jurídica. Na feliz lição de San Tiago Dantas<sup>92</sup>, o sentido fundamental da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, e desse modo, não poderia a jurisdição constitucional assistir passivamente a perpetração por parte do Poder Executivo de constantes ilícitos e a reiteradas violações graves de direitos fundamentais sob um frívolo mantra de não intervenção e de acatamento do poder judiciário aos atos dos demais poderes, existindo, sim, a necessidade de uma certa repressão e controle desses atos quando as circunstâncias assim demandarem. Evidente que a deferência entre os poderes é, sim, um valor relevantíssimo, que deve ser observado como um norte na atuação da jurisdição constitucional, mas não pode servir de justificativa para a permissividade de atos inconstitucionais no sistema jurídico. É dizer, se o executivo extrapola ou se omite em suas competências com alta recorrência, incorrendo em inconstitucionalidade, não pode a Corte Constitucional ser taxada de ativismo ilegítimo pelo tão só fato de corrigir erros frequentes. Em outras palavras, não se culpa o corretor por muito corrigir.

Por outro lado, é claro que essa jurisdição mais ativa também não pode ser desregrada. De fato, é necessário que haja algum grau de confiança nos juízes e na jurisdição constitucional, como defende Piero Calamandrei em uma de suas anedotas, em que sustenta ser o primeiro requisito do advogado a confiança na justeza dos juízes e das decisões judiciais. Mas o catedrático italiano também alerta que aos juízes é conferido um poder que, “se mal empregado,

---

<sup>90</sup> Quais sejam: RE 418.416, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, HC 91.867, Relator Ministro Gilmar Mendes, Ag.Rg. no HC 124322, Relator Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>91</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 120. ano 30. p. 159-186. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 1993.

<sup>92</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio. 1977 p. 341

pode fazer com que a injustiça se torne justa, obrigar a majestade da lei a se fazer paladina do erro”<sup>93</sup>. Assim, especialmente em se tratando de situações de crise, nas quais, como já visto ao longo deste trabalho, os poderes, e nisso não escapa o judiciário, tendem a apresentar exasperações em suas competências, seria ingênuo sustentar uma confiança cega na Suprema Corte. É preciso que se delimite algum grau de parâmetro a fim de que a crise não tenha consequências perenes no mundo jurídico, e não se desregule o sistema constantemente em razão das eventuais crises que, como a história da democracia constitucional brasileira bem ensina, não são tão infrequentes quanto se imaginara.

#### **4.2. A atuação da jurisdição constitucional na efetiva tutela dos direitos fundamentais em circunstâncias de crise.**

A atuação da Suprema Corte brasileira na crise da COVID-19 em matéria de matéria de direitos fundamentais, como já se assentou ao longo do trabalho, adotou uma tutela mais ativa na jurisdição constitucional e uma hermenêutica mais aberta na defesa nos direitos fundamentais. Em momentos de crise, é de extrema importância que assim o seja, uma vez que a Corte é um poder não eleito, não tão propenso às pressões políticas eventualmente mais eloquentes em momentos de instabilidade e que tem a função perene de resguardar tais direitos.

Conclusivamente, pretende-se fazer três observações: (i) efeitos da atuação hermenêutica mais aberta em crises quanto aos direitos fundamentais em si considerados; (ii) efeitos no longo prazo da atuação hermenêutica mais aberta e da ativa atuação da jurisdição constitucional durante as crises. (iii) Por fim, sugestões e cautelas a serem adotadas para que essa abertura decorrente de momentos de excepcionalidade seja feita.

Em toda crise, se por um lado é importante que os governos tomem medidas rápidas e eficientes, sob pena de virem a perpetrar injustiças por inação, por outro, é necessário resguardar os direitos fundamentais, o que se faz por meio de uma atuação eficiente da jurisdição constitucional. No caso brasileiro, a atuação mais incisiva da Suprema Corte e uma hermenêutica mais aberta quanto à proteção efetiva dos direitos fundamentais também foram e estão sendo essenciais para a mitigação dos nefastos efeitos da crise da COVID-19. Não fora

---

<sup>93</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado (Elogio dei giudici scritto da un avvocato)*. Introdução de Paolo Barile; tradução de Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2015. p. 1-8.

pela atuação mais firme da jurisdição constitucional, a vida, a privacidade, a saúde e outros inúmeros direitos fundamentais dos brasileiros seriam totalmente, irreversivelmente e desnecessariamente minados durante a crise do Coronavírus, ante a inacreditável quantidade de medidas provisórias eivadas de inconstitucionalidades que tiveram seu fundamento de edição nas circunstâncias excepcionais da crise. Especialmente no contexto brasileiro, em que – sem fazer nenhum juízo político e apontando tão somente fatos do conhecimento geral – o editor das medidas provisórias já proferiu incontáveis declarações frontalmente contrárias às recomendações da comunidade científica e das autoridades sanitárias, é natural que haja, em alguma medida, um grau maior de dificuldade em se harmonizarem os poderes e se estabelecerem consensos na resposta à crise, o que inevitavelmente pode levar o lado oposto da Praça dos Três Poderes a agir de forma mais criativa, inaugurando técnicas de decisão e hermenêutica mais aberta e substancialista. Evidentemente, essa nova atuação não escapa as mais diversas críticas.

Uma abertura hermenêutica que privilegie a proporcionalidade e a razoabilidade dos atos do executivo é especialmente importante em momentos de excepcionalidades, nos quais se aumenta a importância da defesa dos direitos fundamentais propriamente ditos. Isso porque os direitos fundamentais, como já se observou, ficam excepcionalmente ameaçados em tempos de crise, e inexistente Estado Democrático de Direito sem direitos e garantias fundamentais, do mesmo modo que a ausência ou grave comprometimento desses tem o condão de implodir a ordem constitucional democrática<sup>94</sup>. Ou seja, proteger os direitos fundamentais é proteger a própria democracia, que corre riscos em períodos de excepcionalidade, como já demonstraram as múltiplas intencionalidades autoritárias ao redor do mundo.

É de se notar que os problemas levados ao Supremo durante a crise, em sua maioria, não tiveram saídas claras e fáceis de se visualizar, de modo que as decisões também tiveram que utilizar-se de alguns meios não ortodoxos para dar a melhor resposta possível que preservasse na maior medida a estrita observância ao texto constitucional, harmonizando valores fundamentais. Como apontado por Georges Abboud, os momentos de crises e excepcionalidades trazem consigo uma necessidade de recrudescimento na observância do texto constitucional, e “Entre decisões ativistas e decisões que aplicam a Constituição Federal

---

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia – I*. Consultor Jurídico 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>. Acesso em 22.09.2020

em casos difíceis, existe, igualmente, uma linha tênue, uma fronteira opaca, que somente uma criteriológica acurada é capaz de identificar.”<sup>95</sup>

Nas crises, a tutela desses direitos, relativizáveis, mas inafastáveis, pode vir a exigir algum grau de flexibilização, algum tratamento diferenciado que considere em maior grau as circunstâncias fáticas na aferição da regularidade constitucional quando comparados ao escrutínio regularmente realizado pelo judiciário em tempos de normalidade. Essa adoção extraordinária de medidas de escrutínio pode ser confundida por alguns com uma atuação do judiciário em políticas públicas, invasiva à esfera de competência do outro poder, mas em verdade, as duas coisas não se confundem, vez que as medidas do poder público na pandemia e em toda e qualquer crise sempre exigirão uma fundamentação fática, não descolada da realidade. Conforme bem asseverou o Ministro Alexandre de Moraes:

“Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias.”<sup>96</sup>

Dessa sorte, não há voluntarismo judicial na intervenção em políticas públicas descoladas da realidade, como se observou nas medidas provisórias objeto das ADIs e na inércia objeto da ADPF 709. Os direitos fundamentais não são absolutos<sup>97</sup> e podem, sem dúvida alguma, serem mitigados pelo poder público em razão da pandemia, mas não haveria razão minimamente plausível para não reconhecer que o judiciário é um importante ator no processo de juízo de proporcionalidade, mais especificamente, na aferição de se o direito relativizado está sendo proporcional com a contrapartida auferida pelo social, se não há outro meio apto e

---

<sup>95</sup> ABOUD, Georges. SCAVUZZI, Maira. FERNANDES, Ricardo Yamin. Atuação do STF na Pandemia do COVID-19. Fine Line Entre Aplicação da Constituição Federal e Ativismo Judicial. *Revista dos Tribunais*. vol. 1020/2020. Out. 2020.

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 672/DF. Decisão monocrática. Relator Ministro Alexandre de Moraes. j. 15.04.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342867936&ext=.pdf>. Acesso em 21.10.2020.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23452/RJ, Pleno. Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/05/2000, p. 20



menos gravoso a atingir o mesmo fim, e se a medida é idônea ao atingimento do fim perseguido.<sup>98</sup>

Esse dilema entre a necessidade de tomada de medidas rápidas e eficientes pelo poder público e o aparente contraponto dessas medidas com a efetiva tutela dos direitos fundamentais é harmonizado na obra de Wiley e Vladeck, que defendem que na crise da COVID-19 as Cortes devem adotar uma postura ativa na tutela das liberdades civis mesmo diante do receio de que um controle judicial excessivo possa debilitar as políticas públicas de contenção ao vírus, uma vez que as constituições modernas preveem a razoabilidade e a proporcionalidade como critério obrigatório nas decisões judiciais, de modo que os fatores emergenciais apresentados pelo governo certamente serão sopesados pelos juízes de modo a permitir eventuais relativizações em liberdades individuais desde que haja justificativas legítimas lastreadas em necessidades públicas relevantes<sup>99</sup>. Assim o que o controle de constitucionalidade acurado veda são as arbitrariedades, supressões injustificadas de direitos com fins outros que não o escorreito resolver da crise, não atos normativos recrudescedores mas constitucionalmente justificáveis, uma vez que a análise circunstancial é inerente ao princípio da proporcionalidade das decisões judiciais.

Desse modo, conclui-se que quanto aos direitos fundamentais em si considerados, a atuação efetiva da jurisdição constitucional e eventuais aberturas hermenêuticas são benéficas. A jurisdição constitucional nessas circunstâncias deve atuar como sentinela contra o risco de tirania das majorias<sup>100</sup>, agravado ante a maior suscetibilidade dos poderes eleitos a incorrerem em inconstitucionalidades decorrente de maior exposição a grupos de pressão, e deve agir na proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4923/DF. Pleno. Relator Ministro Luiz Fux, 8 de novembro de 2017. p. 75-85. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4435185&ext=RTF>. Acesso em 21.10.2020.

<sup>99</sup> WILEY, Lindsay F. VLADECK, Steve. Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against “suspending” Judicial Review. *Harvard Law Review*. 2020.

<sup>100</sup> MILL. John Stuart. *On Liberty*. London: Dover Publications, 2002. p.13 apud. BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>101</sup> BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017

Tratando-se agora dos efeitos de longo prazo, há circunstâncias igualmente benéficas na abertura hermenêutica e na jurisdição constitucional ativa durante a crise. Do ponto de vista econômico, as pessoas (e os poderes) respondem a incentivos, a estímulos de conduta. Quando os tomadores de decisão em uma sociedade falham em reconhecer esse princípio econômico básico, as consequências geralmente são indesejadas.<sup>102</sup> Não resguardar os direitos fundamentais adequadamente e deixar o Executivo agir desregradamente em virtude da circunstância de crise seria um estímulo a uma atuação irrefletida. A afirmação inversa também é verdadeira: Se os demais poderes têm ciência de que o Supremo Tribunal Federal não está disposto a relevar medidas inconstitucionais sob o argumento da emergência, não há interesse no Executivo em movimentar sua máquina burocrática e intelectual para a edição de uma MP de constitucionalidade duvidosa que será, muito logo, um nada jurídico. O estímulo gerado, para utilizar-se novamente a linguagem de Mankiw, é no sentido de autocontenção dos demais poderes em não editarem medidas temerárias, sabidamente inconstitucionais, até mesmo a fim de evitarem desgastes políticos.

O impacto comportamental da ativa jurisdição constitucional sobre os demais poderes – notadamente sobre a atividade legiferante – também é observada pela obra de Alexander Binkel<sup>103</sup>, ainda que em tom de crítica cunhada a partir da ideia de dificuldade contramajoritária e um certo *distrust* no processo democrático. Binkel observa que, não raro, a atividade legiferante dos poderes eleitos atua com base na certa convicção de que as Cortes Constitucionais realizarão um posterior crivo principiológico e de constitucionalidade das leis aprovadas. Esse comportamento, julga o autor citando James Bradley Thayer, traz um risco de enfraquecimento do processo democrático, na medida em que essa certeza no *judicial review* gera eleitores mais negligentes quanto à escolha de seus representantes e representantes mais relapsos quanto à constitucionalidade das leis aprovadas, porquanto ambos confiam na correção das ilegalidades pela Corte Constitucional.

Assim, uma postura excessivamente deferente do poder judiciário em tais circunstâncias, no caso, especialmente do Supremo Tribunal Federal, pode trazer um efeito reverso, na medida em que, se não há um controle judicial eficiente, os demais poderes, cientes

---

<sup>102</sup> MANKIW, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 5. ed. Mason: South-Western Cengage Learning. 2008. p. 7.

<sup>103</sup> BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merrill Co. Inc. 1962. p. 21-23.

dessa deferência, podem se tornar mais propensos adotarem medidas mais incisivas contra os direitos fundamentais.<sup>104</sup> Desse modo, tanto na crise da COVID-19 quanto na normalidade, a atuação tímida de um poder, especialmente daquele que tem a função de resguardar direitos fundamentais, é maléfica. Tanto agora quanto sempre, vale a sábia lição de Montesquieu de que “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites [...]. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”<sup>105</sup>

Truísmo dizer que a observação Montesquiana também vale para o próprio judiciário. Para que a jurisdição constitucional em momentos de crise não seja voluntariosa e, especialmente, para que a crise não represente uma exasperação, um império do judiciário, faz-se necessário observar alguns parâmetros e limites na atuação jurisdicional em tempos de crise, do contrário, estar-se-ia resolvendo um problema para criar outro. Firme nas ideias até então desenvolvidas, propõe-se a partir de então a necessidade de algumas cautelas, no que chamo de adoção de uma “jurisdição constitucional autoconsciente” pelas Supremas Cortes durante momentos de crise.

É necessária uma jurisdição na qual o julgador tenha consciência dos riscos que as crises oferecem, em duas vertentes. Primeira vertente: Consciência quanto ao risco oferecido aos direitos fundamentais como decorrência de um natural engrandecimento de ímpetos autoritários no frenesi gerado pela rapidez da tomada de medidas de solução da crise, que geram um cenário fértil para a violação desmotivada de direitos fundamentais, ante os quais – e daí o termo “jurisdição constitucional autoconsciente” – serve a Suprema Corte como protetora vigilante. Segunda vertente: Consciência quanto ao risco que as crises oferecem à jurisprudência, devendo o julgador, a fim de não se criar uma babel de julgados, adotar certos cuidados, a seguir expostos.

Assim, defende-se aqui a ideia de que, para que seja feita a abertura hermenêutica em situações de crise, são necessários: (i) consciência do momento e dos riscos inerentes às crises,

---

<sup>104</sup> WILEY, Lindsay F. VLADECK, Steve. *COVID-19 Reinforces the Argument for “Regular” Judicial Review—Not Suspension of Civil Liberties—In Times of Crisis*. Harvard Law Review Blog. 2020. Disponível em: <https://blog.harvardlawreview.org/covid-19-reinforces-the-argument-for-regular-judicial-review-not-suspension-of-civil-liberties-in-times-of-crisis/>. Acesso em 02.10.2020

<sup>105</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *De l'Esprit Des Loix*, Paris: Gallimard, 1995.

pelas razões já apontadas acima; (ii) maior grau de fundamentação das decisões judiciais e; (iii) toda vez que o motivo preponderante da decisão for a circunstância excepcional, que seja esse fator colocado de forma explícita e inequívoca na decisão. Trataremos de cada um desses aspectos no pormenor.

A maior fundamentação é necessária como forma de conferir maior legitimidade democrática à decisão judicial na qual haja algum grau maior de criação do juiz ou abertura hermenêutica. Segundo as lições de Canotilho, a fundamentação das decisões judiciais tem razões fundamentais em três elementos, a saber: i) controle da administração da justiça; ii) exclusão de arbitrariedade (voluntarismo e subjetivismo da atividade judicial) e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; iii) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo, um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.<sup>106</sup> Ao que interessa às crises, a segunda dessas razões, terá uma importância definitivamente preponderante, e o interprete deve atentar-se a ela nos casos de decisões nas quais se verifique uma abertura hermenêutica ocasionada por razões circunstanciais.

A razão é simples: Os chamados *hard cases* geralmente apresentam dois ou mais polos com razões legítimas, situações nas quais se apresentam direitos fundamentais a serem sopesados, harmonizados, com a potencialidade de se fazer valer a prevalência circunstancial, analisando o caso concreto, de um direito fundamental sobre outro. A crise desequilibra esse racional justamente por afetar tremendamente o elemento circunstancial. O caso concreto se apresenta com uma pluralidade de circunstâncias a serem sopesadas e colateralidades que vão muito além do que se é de esperar em *hard cases* apresentados em circunstâncias de normalidade, de modo a afetar todo o juízo de ponderação e o crivo de razoabilidade a ser feito pelo juiz. A consequência disso é que uma decisão tomada em uma circunstância excepcional pode ser, e não raro é, vista como totalmente inaplicável em uma circunstância de normalidade, razão pela qual a fundamentação deve exaurir a explicitação das peculiaridades do caso, a nota diferenciadora entre o que se está sendo decidido e o que se decidiria em uma circunstância de normalidade e por que a circunstância excepcional teve o condão de fazer a decisão final se encaminhar da maneira que foi encaminhada.

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 651.

Nesse aspecto, nunca é demais dizer que dado o igual status jurídico e valor axiológico de todos os direitos fundamentais, essa escolha de prevalência de um direito fundamental sobre outro deve ser fundamentada, notadamente a partir da técnica da ponderação que tem como fio condutor o critério da proporcionalidade<sup>107</sup>. Assim, se as circunstâncias desequilibram a maneira regular com que tais direitos são sopesados, o interprete deve, por meio da coerência argumentativa, como bem apontou Canotilho, ter clareza ao apontar a linha de raciocínio que seguiu, apontando de que modo a circunstância excepcional afetou a forma de decidir e sobretudo o juízo de proporcionalidade realizado. Essa fundamentação é um esclarecimento que demonstra respeito aos demais poderes, ao jurisdicionado, e sobretudo à democracia.

É que a mitigação de direitos fundamentais injustificada ou justificada de forma parca em um caso com peculiaridades que exigem fundamentação robusta nada mais é do que uma arbitrariedade. A fundamentação das decisões judiciais, para além de ser uma garantia constitucional prevista no art. 93, IX da Constituição Federal é também garantia inerente ao Estado de Direito, vez que é expressão da justificação formal dos atos emanados do poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos.<sup>108</sup> Por essas razões, defende-se que as fundamentações das decisões em circunstâncias de crises devem ser lógicas, claras e exaurientes.

Tratando-se agora da necessidade de explicitação das reais razões do julgado, o julgador deve estar consciente de que a crise oferece um risco para a jurisprudência, vez que, num eventual ímpeto de escamotear as reais razões dos julgados, é possível que haja nas decisões uma manipulação circunstancial de conceitos já consolidados e a inauguração de jurisprudência totalmente descabida em situações regulares. Desse modo, desvirtua-se todo o sistema e ter-se-ia, para utilizar-se da linguagem do Ministro Marco Aurélio, uma Babel. É necessário que a decisão faça-se suficientemente clara no sentido de que, em alguns casos, o juiz consiga explicar que a decisão não seria tomada em tempos de normalidade, mas que, levando-se em consideração as circunstâncias e num juízo circunstancial de razoabilidade e de

---

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 27 Set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>.

<sup>108</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva. 1980, p. 95

proporcionalidade, o conceito de um ou outro significativo será adotado de maneira aberta e utilizando-se de interpretação extensiva. Isso deve ser feito de forma explícita.

Com isso, evita-se o desvirtuamento de conceitos há muito consolidados e, consequentemente, uma situação de total insegurança jurídica. É dizer, quando os julgados explicitam a razão de sua fundamentação apontando para as circunstâncias da crise, evita-se que décadas depois, diga-se, fora de contexto, que o STF tem entendimento sobre determinado tema em determinado sentido, sem que se saiba que o sentido adotado à época do julgado é completamente inaplicável em tempos de normalidade. Sem adentrar na discussão sobre vinculação dos precedentes e suas peculiaridades, é essencial que essa explicitação seja feita para que um futuro *distinguishing*, que imprescinde do exame de semelhanças para aplicação (ou não) ou não de um determinado precedente<sup>109</sup>, possa ser feita de forma escoreita, sem que se confundam os reais fatores preponderantes do caso quando de sua leitura no momento pós-crise.

E frise-se que o juiz não deve e não pode ter acanhamento em fazer essas observações e apontamentos expressos quando as circunstâncias do caso apresentarem peculiaridades que ensejem uma flagrante injustiça na atuação indiferente do judiciário, vez que ao fazê-lo, preservar-se-á um valor fundamental, ínsito à ideia de Estado de Direito, qual seja, a segurança jurídica, que se consubstancia em precedentes coesos e na jurisprudência íntegra.<sup>110</sup> Não é errado decidir de forma, *prima facie*, inovadora. Errado é desconsiderar as consequências de uma aplicação indevida de institutos em nome do mero receio às críticas ou, ainda, em razão de fraqueza argumentativa.

Para além desses fatores, que por si já bastariam para que fosse feita a explicitação da circunstância excepcional como motivo preponderante na razão de decidir, quando assim for o

---

<sup>109</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, p. 9-52, 2016. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos-Precedentes.pdf>. Acesso em 21.09.2020. No ensaio, os autores apontam com bastante didática que a aplicação futura do precedente deve levar em conta “i) os fatos relevantes de cada qual; ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; iii) a questão de direito que suscitam; iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso.” Evidentemente que o apontamento específico da circunstância de crise como fator preponderante do julgado tem o condão de afetar todos os pontos que os autores reputam como necessários a serem sopesados, sobretudo os pontos “i” e “iv”.

<sup>110</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de direito: O papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, vol. 978/2017. p. 227 – 264. Abr-2017.

caso, a explicitação dessa razão de decidir também tem lastro no critério da universalização da decisão. Para a justificação das decisões judiciais, MacCornick adota, entre outros critérios, o da universalização da decisão, critério sobre o qual afirma que “justificar uma decisão no Direito é apresentar em seu suporte razões universalizadas ou universalizáveis. Boas razões para uma decisão não podem ser “ad hoc” “tão somente para este caso”.” E conclui que quando não se está lidando com uma decisão que seja uma simples aplicação de uma regra pré-estabelecida, “o tribunal deve explicita ou pelo menos implicitamente agir de acordo com algumas decisões sobre questões de direito em litígio entre as partes e tais decisões devem ser universais ou genéricas em seus termos.”<sup>111</sup> Na proposta de explicitação das razões reais do julgado, essa universalização seria conferida na medida em que o Tribunal explicitasse as razões particulares do caso, abordando de forma clara de que forma a excepcionalidade impeliu a decidir de uma maneira ou de outra, deu prevalência a um direito fundamental quando posto em harmonização com outro, e de que forma a balança entre esses dois valores poderia ter pesos diferentes em situações de normalidade.

Fyodor Dostoiévsky<sup>112</sup>, em um de seus vários livros de anotações, afirmara que ao tentarmos deliberadamente não pensar em um urso polar branco, ele aparecerá constantemente em nossas mentes. A mesma situação ocorre analogicamente na jurisdição de crise: Se o julgador, ciente da circunstância excepcional, tentar ignorar tal circunstância e deliberadamente não ver a necessidade de explicitação franca das razões reais do julgado, apontando com objetividade o motivo pelo qual um ou outro conceito teve sua interpretação alargada, os problemas da crise aparecerão constantemente, e um problema que talvez causasse um desconforto momentâneo se perpetuará em uma jurisprudência sem coesão, que inexplicavelmente adota conceitos de forma distinta. Em síntese, se há um problema eminente que reclama uma abertura na hermenêutica constitucional, mas por conveniência ou para evitar-se a crítica ou o desconforto da fundamentação exauriente, prefere-se não falar sobre o assunto e adotar os conceitos de forma claramente distinta, tem-se aí um problema de perigo para os momentos pós-crise, que deve ser repellido pelos tribunais constitucionais por meio de uma jurisdição clara, que explicita os reais porquês do julgado.

<sup>111</sup> MACCORMICK, Neil. *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. New York: University Law Review. vol. 58, n. 2, mai. 1983, p. 248. Tradução livre.

<sup>112</sup> DOSTOYEVSKY, Fyodor. *Winter Notes on Summer Impressions*. Richmond: Alma Books LTD. 2016. P. 69. Processo psicológico no qual quanto mais se tenta deliberadamente afastar certas ideias ou pensamentos, mais elas tendem a vir à superfície. “Try to pose for yourself this task: not to think of a polar bear, and you will see that the cursed thing will come to mind every minute”

Assim, conclui-se que a jurisdição constitucional autoconsciente, proposta do presente trabalho, consiste basicamente num exercício reflexivo do julgador, que ao exercer a jurisdição constitucional, deve estar consciente dos riscos oferecidos pela crise, tanto aos direitos fundamentais quanto à organicidade do direito e, com isso, a adotar exaustiva argumentação judicial como forma de legitimidade da decisão, bem como explicitar a razão circunstancial como fator preponderante na razão de decidir, se e quando forem necessárias aberturas excepcionais.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crises oferecem um risco claro à democracia e ao Estado de Direito. Em tais circunstâncias, a necessidade de reação rápida, eficiente e popular do poder público no reestabelecimento da ordem e da mitigação de riscos oferecidos pela circunstância excepcional, aliada a uma notável concentração de poderes no Presidente da República pode levar, e frequentemente leva, à adoção de medidas açodadas que podem ultrapassar os limites do constitucionalmente permitido, e a dita “eficiência” pode facilmente transformar-se em arbítrio.

Com isso, há potenciais riscos tanto para os direitos fundamentais propriamente ditos, na desregrada edição de medidas que violem tais direitos, quanto para as regras do jogo, vez que, se na ânsia de dar a resposta à crise os poderes não reconhecerem que a melhor solução é sempre a conjunta, a desarmonia entre dois ou mais deles pode causar o engrandecimento de um poder em ilegítimo detrimento dos demais.

Na crise da COVID-19, viu-se que os mecanismos positivos que já se tinha e o sistema constitucional de crises mostraram-se insuficientes para lidar com as peculiaridades e com a complexidade e do problema, o que levou o Executivo a editar uma série de atos normativos para a contenção das consequências da excepcionalidade. A insuficiência, no entanto, não abrangeu apenas os mecanismos positivos, foi necessária uma nova forma de interpretar e de pensar o direito

É que a pandemia se mostrou como um problema verdadeiramente sem precedentes, de modo que as maneiras de pensar a aplicação do direito constitucional se mostraram igualmente inadequadas ao eficiente atendimento do problema posto. Em uma crise que apresenta características extremamente peculiares, tais como irrestrita abrangência geográfica e imprevisão de duração máxima, é preciso ir além, com decisões que privilegiem os direitos fundamentais, o respeito ao núcleo duro da Constituição e o diálogo, na medida em que na democracia as decisões se tomam em conjunto, e os poderes, harmônicos entre si, complementam-se para o desfecho.

O Supremo Tribunal Federal mostrou-se vigilante até o término do presente trabalho, e agiu bem na crise no que diz respeito a tutela dos direitos fundamentais. Os casos analisados apontaram para decisões em que inequivocamente houve abertura hermenêutica por parte da

Corte. Decisões com alto teor criativo, mas que mostraram, ainda assim, deferência e não subserviência, abertura ao diálogo e, sobretudo, atenção ao momento vivido mostram que a Corte, na crise do Coronavírus, afastou-se de uma postura hermética e mostrou-se como uma instituição de colaboração na resolução do problema.

Sem prejuízo, algumas cautelas podem e devem ser adotadas pelo julgador a fim de se resguardar tanto os direitos fundamentais no momento da crise quanto a manutenção de um Estado de Direito saudável no pós-crise, são elas: (i) consciência do momento e dos riscos inerentes às crises; (ii) maior grau de fundamentação das decisões judiciais e; (iii) toda vez que o motivo preponderante da decisão for a circunstância excepcional, que seja esse fator colocado de forma explícita e inequívoca na decisão.

Acredita-se que a adoção desses mecanismos tem o condão de melhorar a argumentação jurídica em circunstâncias excepcionais e sobretudo evitar que a crise da COVID-19 gere um efeito nefasto para além do já mais que lamentável problema humanitário.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.
- ABBOUD, Georges. SCAVUZZI, Maira. FERNANDES, Ricardo Yamin. Atuação do STF na Pandemia da COVID-19. Fine Line Entre Aplicação da Constituição Federal e Ativismo Judicial. *Revista dos Tribunais*. vol. 1020/2020. Out. 2020. Acesso em 02.10.2020
- ACKERMAN, Bruce, The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Vol. 113. P. 1029-1091, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4900&context=ylj>. Acesso em 29.09.2020.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: Composição, organização e competências. *Revista Jurídica da Presidência Brasília* v. 21 n. 124 Jun./Set. 2019 p. 411-425
- BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 3.ed. 2020.
- BARRETO, Lima. *Recordações do Escrivão Isaias Caminha*. São Paulo: Ática, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 27.09.2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>.
- BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Debates: Constituição, Democracia e Direito – Pandemia da COVID-19, Decisões do Supremo Tribunal Federal e Uma Agenda Pós-Crise*. 2020. Centro Universitário de Brasília. Brasília-DF.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em:

[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em 21.10.2020.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. 7. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Rio de Janeiro: (Syn) thesis. v. 5.n.1. 23-32. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 21.10.2020

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merrill Co. Inc. 1962.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Decreto 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm). Acesso em: 29.09.2020

BRASIL. Decreto Legislativo 06/2020. *Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em 30.09.2020

BRASIL. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. *Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm). Acesso em 30.09.2020

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 2, de 3 de janeiro de 2020. *Cria e institui o Grupo de Resposta a Desastres (GRD)*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2-de-3-de-janeiro-de-2020-236986947#:~:text=Cria%20e%20institui%20o%20Grupo,vista%20o%20dispositivo%20no%20art>. Acesso em 29.09.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188 de 03 de fevereiro de 2020 do Ministério da Saúde. *Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 30.09.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23452/RJ, Pleno. Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/05/2000

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4923/DF. Pleno. Relator Ministro Luiz Fux, 8 de novembro de 2017. p. 75-85. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4435185&ext=RTF>. Acesso em 21.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 25.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4923/DF. Pleno. Relator Ministro Luiz Fux, 8 de novembro de 2017. p. 75-85. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4435185&ext=RTF>. Acesso em 21.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 672/DF. Decisão monocrática. Relator Ministro Alexandre de Moraes. j. 15.04.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342867936&ext=.pdf>. Acesso em 21.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Pleno. Direitos Fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Liminar referendada em 05/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Pleno. Direitos Fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Liminar referendada em 05/08/2020. Voto proferido em sessão pelo Ministro Luiz Fux.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Case law compilation: Covid-19 / Brazilian Federal Supreme Court*. -- Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case\\_law\\_compilatio\\_n\\_covid19.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case_law_compilatio_n_covid19.pdf). Acesso em 25.10.2020. eBook. 84 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. Pleno. Trecho do voto proferido em

sessão pelo Ministro Luiz Fux. Acórdão ainda não publicado. Disponível em:  
<https://www.youtube.com/watch?v=84M0nOQhQXo&t=979s>. Acesso em 14.09.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Missão*. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfPlanejamentoEstrategico&pagina=missao>. Acesso em 29.09.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2859, Acórdão. Relator Ministro Dias Toffoli., j. 24.02.2016

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, vistos por um advogado (Elogio dei giudici scritto da un avvocato)*. Introdução de Paolo Barile; tradução de Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica: Vitória, ano 1*. n.6 . 2007. p. 2. Disponível em:  
[https://www.academia.edu/29279895/NEOCONSTITUCIONALISMO\\_E\\_NEOPROCESSUALISMO](https://www.academia.edu/29279895/NEOCONSTITUCIONALISMO_E_NEOPROCESSUALISMO). Acesso em 21.10.2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CONSTITUIÇÃO. Emenda Constitucional 106, de 7 de maio de 2020. *Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia*. Disponível em  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm). Acesso em 02.10.2020.

DANTAS. San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio. 1977.

DOSTOYEVSKY, Fyodor. *Winter Notes on Summer Impressions*. Richmond: Alma Books LTD. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

EL SALVADOR Supreme Court Orders State of Emergency Suspended. The New York Times. 18. maio. 2020. Disponível em:  
<https://www.nytimes.com/2020/05/18/world/americas/el-salvador-supreme-court-nayib-bukele.html> Acesso em 21/10/2020.

FALCÃO, Márcio. *Ministros rejeitam 'jurisprudência da crise' sobre redução de salário e jornada*. Jota. Info. 2019. Disponível em  
[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/ministros-rejeitam-jurisprudencia-da-crise-sobre-reducao-de-salario-e-jornada-26022019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/ministros-rejeitam-jurisprudencia-da-crise-sobre-reducao-de-salario-e-jornada-26022019)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREIRE, Alonso et al; *O Fenômeno da Inconstitucionalidade Circunstancial*, Jota.info, 2020, disponível em [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020#\\_ftn1](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020#_ftn1), acesso em 11.06.2020

FUX, Luiz. *Discurso do Ministro Luiz Fux na Solenidade de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, proferido na sessão solene do dia 10.09.2020*. Inteiro teor disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>

FUX, Luiz. ARABI. Abhner Youssif Mota. *A função conciliatória do Supremo Tribunal Federal como tribunal da federação*. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-14/fux-abhner-arabi-funcao-conciliatoria-tribunal-federacao#author>. Acesso em 14.09.2020

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Nova Iorque: Oxford, 2013.

GONÇALVES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodvium, 2019.

GRAZHDANI, Drini. *Kosovo's Constitutional Court finds COVID-19 Measures Unconstitutional*. Oxford Human Rights Hub. 2020. Disponível em: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/kosovos-constitutional-court-finds-covid-19-measures-unconstitutional/>. Acesso em 19.10.2020

GRUNER, Clóvis. *De uma revolta a outra: memória, história e ressentimento em Lima Barreto*. Uberlândia: ArtCultura,, 2006. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/artcultura/article/download/1430/21250/>. Acesso em 21.10.2020.

HESSE; Konrad. *Série IDP- Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. A Nova Roup do Direito Constitucional – Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*. vol. 859/2007. p. 81 – 91. Maio 2007.

JACKSON, Vicki C. Constitutional Law in an Age of Proportionality. *The Yale Law Journal*. 124:3 094 2015.P. 3098 Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5723&context=ylj>. Acesso em 01.10.2020

KEMENY, Richard. *Brazil is sliding into techno-authoritarianism*. MIT Technology Review. 2020. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2020/08/19/1007094/brazil-bolsonaro-data-privacy-cadastro-base/>

KUBLISCKAS, Welligton Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em 24.10.2020.

LEITÃO, Miriam. *Saga Brasileira: A longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2019.

MACCORMICK, Neil. *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. New York: University Law Review, 1983

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANKIW, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 5. ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 22. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de direito: O papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, 2017.

MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, no plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do 28o aniversário de promulgação da Constituição da República de 1988*. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoCF88.pdf>. Acesso em 01.09.2020.

MELLO, Patricia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, p. 9-52, 2016. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos-Precedentes.pdf>. Acesso em 21.09.2020

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese (Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. Conjor, 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 29.09.2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *De l'Esprit Des Loix*, Paris: Gallimard, 1995.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva. 1980.

NÉRI DA SILVEIRA, José. *Discurso do Ministro Neri da Silveira na Solenidade de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. 1989. Inteiro teor disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_Possepresidencial\\_NeridaSilveira\\_NOVACAPA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Possepresidencial_NeridaSilveira_NOVACAPA.pdf)

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Parecer PCO/OAB*, de 20.03.2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/03/6a79790a-d1df-488c-b1c6-b223b92af438.pdf>, acesso em 29.09.2020.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 1ª Câmara do Primeiro Senado. BVerfGE, 1 BvR 828/20. Julgado em 15.04.2020. Disponível em [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415\\_1bvr082820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html). Acesso em 23.10.2020

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 2ª Câmara do Primeiro Senado. 1 BvQ 44/20. Julgado em 29.04.2020 Disponível em [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429\\_1bvq004420.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_1bvq004420.html). Acesso em 23.10.2020

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Acórdão do 1º Senado - 1 BvR 209/83 -, Rn. 1-215. Julgado em 15.12.1983. Disponível em: [http://www.bverfg.de/e/rs19831215\\_1bvr020983.html](http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html) . Acesso em 02.10.2020

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 120. ano 30. p. 159-186. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 1993.

ROTHENBURG, Walter Claudius. CANOTILHO, J.J Gomes *et al*; *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia – I*. Consultor Jurídico 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>. Acesso em 22.09.2020

SARLET, Ingo Wolfgang. Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF? *Revista Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protecao-dados-cf>. Acesso em 02.10.2020

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30a Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da Regulação da Privacidade e Proteção de Dados Pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil. 2019.

STATE OF NEW MEXICO. United States District Court of New Mexico. Legacy Church, Inc. v. Kunkel (2020). Disponível em <https://casetext.com/case/legacy-church-inc-v-kunkel>. Acesso em 21.10.2020.

TALEB, Nassim Nicholas. *The Black Swan: the impact of the highly improbable*. New York: Random House Inc. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 25.09.2020.

WILEY, Lindsay F. VLADECK, Steve. Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against “suspending” Judicial Review. *Harvard Law Review*. 2020.

WILEY, Lindsay F. VLADECK, Steve. *COVID-19 Reinforces the Argument for “Regular” Judicial Review—Not Suspension of Civil Liberties—In Times of Crisis*. Harvard Law Review Blog. 2020. Disponível em: <https://blog.harvardlawreview.org/covid-19-reinforces-the-argument-for-regular-judicial-review-not-suspension-of-civil-liberties-in-times-of-crisis/> . Acesso em 02.10.2020

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.